

upna

Universidad Pública de Navarra
Nafarroako Unibertsitate Publikoa

Departamento de Derecho

Programa de Doctorado: Economía, Empresa y Derecho

Tesis doctoral:

“Los delitos de terrorismo y su afectación a los derechos
fundamentales”

INÉS MOLINA ÁLVAREZ

Directoras de tesis:

Inés Olaizola Nogales

Soledad Barber Burusco

Pamplona

2023

- Pero yo no soy culpable -dijo K-. Es un error. ¿Cómo puede ser un hombre culpable, así, sin más? Todos somos seres humanos, tanto el uno como el otro.

- Eso es cierto -dijo el sacerdote-, pero así suelen hablar los culpables.

El proceso. Franz Kafka

Nada era del individuo, a no ser unos cuantos centímetros cúbicos dentro de su cráneo.

1984. George Orwell

SUMARIO

AGRADECIMIENTOS.....	XI
RESUMEN.....	XII
ABSTRACT.....	XII
ABREVIATURAS.....	XIII
OBJETO Y ESTRUCTURA.....	XVII
Introducción.....	1
Primera Parte. Los derechos fundamentales y los principios limitadores del <i>ius puniendi</i> : límites al castigo.....	5
I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	6
1. Consideraciones generales.....	6
2. Los derechos fundamentales y sus “límites”.....	12
2.1. ¿Qué características deben tener las limitaciones de derechos fundamentales?.....	19
2.1.1. El respeto al contenido esencial.....	21
2.1.2. El principio de proporcionalidad como límite al legislador.....	24
II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO PENAL.....	27
1. El control de constitucionalidad de las leyes penales y de su aplicación: la doctrina constitucional.....	34
1.1. El legislador penal.....	34
1.2. El juez penal.....	38
2. Los derechos fundamentales y la dogmática penal: el ejercicio legítimo de un derecho fundamental.....	41
3. El efecto de desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales (la doctrina del <i>chilling effect</i>).....	48
III. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.....	52
1. El principio de responsabilidad por el hecho.....	56
2. El principio de proporcionalidad.....	57
3. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, ofensividad o lesividad.....	60
4. Los principios de intervención mínima, subsidiariedad o <i>ultima ratio</i> y el carácter fragmentario del Derecho penal.....	63
5. Los principios de humanidad de las penas y de resocialización.....	64
6. El principio de igualdad.....	65
7. El principio de presunción de inocencia.....	69
8. Las dimensiones de la legalidad penal.....	71
8.1. La prohibición de indeterminación o imprecisión o “mandato de precisión, determinación, certeza o taxatividad”.....	76

IV.	TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO Y DEL PROCESO PENAL: LA <i>SEGURIDAD</i> COMO CRITERIO RECTOR Y LA “RELAJACIÓN” O SUPRESIÓN DE ALGUNOS PRINCIPIOS.....	78
V.	BREVE REFERENCIA A UN CONTRAMODELO: EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	88
VI.	UNA EVOLUCIÓN EN LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO PENAL: ¿UN DERECHO PENAL DE LA SEGURIDAD Y UN DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD? 94	

Segunda Parte. El terrorismo 102

A MODO DE INTRODUCCIÓN 103

I.	EL TERRORISMO COMO FENÓMENO SOCIAL	103
II.	EL TERRORISMO EN EL TIEMPO: UNA BREVE APROXIMACIÓN.....	110
III.	EL TERRORISMO Y EL DERECHO	119

CAPÍTULO I. El terrorismo y el Derecho internacional público..... 121

I.	INTRODUCCIÓN	121
II.	LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS ANTE EL TERRORISMO	123

1. El enfoque multidimensional del Consejo de Seguridad 123

1.1.	El mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y el sistema de seguridad colectiva instituido en la Carta.....	123
------	--	-----

Excurso: La “Guerra contra el terrorismo”: ¿son legítimas las medidas militares contra el terrorismo? Algunas consideraciones en relación con el Derecho Internacional Humanitario

1.2.	La evolución funcional del Consejo de Seguridad y sus Resoluciones sobre terrorismo	142
1.3.	La Asamblea General y la aproximación convencional sectorial en materia de terrorismo	147
1.4.	La definición internacional del terrorismo: ¿un consenso en el horizonte o una misión imposible?.....	152

III. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL ANTE EL TERRORISMO 157

1.	El terrorismo como crimen internacional	157
1.1.	La costumbre internacional y el terrorismo: el Tribunal Especial para el Líbano... 165	

IV. LA UNIÓN EUROPEA ANTE EL TERRORISMO..... 167

V. EL CONSEJO DE EUROPA ANTE EL TERRORISMO..... 177

CAPÍTULO II. El terrorismo y el Derecho penal: ¿Debe ser el terrorismo una categoría delictiva diferenciada? ¿qué elemento(s) determinaría(n) su mayor lesividad? Las principales visiones doctrinales y toma de posición

I.	INTRODUCCIÓN	180
II.	EL ATAQUE AL SISTEMA POLÍTICO COMO LESIVIDAD ESPECÍFICA DEL TERRORISMO.....	187
III.	EL TERROR, LA INSEGURIDAD O LA INTIMIDACIÓN MASIVA COMO LESIVIDAD ESPECÍFICA DEL TERRORISMO	192

IV.	EL TERRORISMO Y LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA	197
V.	CONCLUSIONES Y TOMA DE POSICIÓN	202
CAPÍTULO III. El terrorismo, los derechos fundamentales y un Derecho de excepción normalizado.....		
214		
I.	INTRODUCCIÓN	214
II.	LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR RAZÓN DE TERRORISMO	217
1.	La “derogación” del art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el terrorismo. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	218
2.	El art. 55.2 y la constitucionalización de la excepción en materia de terrorismo en España.....	225
	<i>Excursus: el proceso constituyente del art. 55.2 de la Constitución.....</i>	<i>227</i>
2.1.	La interpretación del art. 55.2 de la Constitución y de la institución jurídica de la “suspensión individual de derechos fundamentales”	235
2.1.1.	¿Una medida temporal? ¿Una medida excepcional?	239
2.1.2.	¿Una medida individual?.....	245
	A. Los destinatarios son “personas determinadas, relacionadas con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”	247
2.1.3.	Las llamadas garantías.....	252
	A. La necesaria intervención judicial	253
	B. El adecuado control parlamentario	254
	C. La responsabilidad penal por el uso abusivo o injustificado de la suspensión.....	256
3.	El desarrollo legislativo del art. 55.2 CE	257
3.1.	Una breve referencia a los antecedentes legislativos	259
4.	Los derechos afectados por la suspensión del art. 55.2 de la Constitución en la legislación vigente	268
4.1.	El art. 17.2 de la Constitución y la prórroga de la detención	271
4.1.1.	El régimen de incomunicación	274
	A. Los presupuestos para adoptar la incomunicación.....	279
	B. La duración de la incomunicación	282
	C. El alcance de la incomunicación.....	283
	a) La imposibilidad de designar abogado y el carácter no reservado de las entrevistas	284
	b) La prohibición de comunicación con otras personas y la puesta en conocimiento de la detención.....	293
	c) La exclusión del derecho de acceso del incomunicado o de su defensa a las actuaciones procesales	296
4.1.2.	Las vulneraciones de derechos fundamentales en el contexto de la incomunicación: las torturas y el derecho a no declarar	298
4.2.	El art. 18.2 de la Constitución y la inviolabilidad del domicilio	308
4.3.	El art. 18.3 de la Constitución y el secreto de las comunicaciones	312
4.4.	Otros derechos afectados o materialmente suspendidos no incluidos en el art. 55.2 de la Constitución.....	322
III.	LA COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL PARA CONOCER DE LOS DELITOS DE TERRORISMO	325
1.	Una especial mención a los delitos de enaltecimiento del terrorismo	331

2. La Audiencia Nacional, el principio de inmediación judicial y la actuación del poder ejecutivo..... 335

CAPÍTULO IV. El Derecho penal sustantivo antiterrorista (I). Los delitos de terrorismo y sus implicaciones en materia de derechos fundamentales y de principios rectores del Derecho penal 341

I.	ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: LOS DELITOS DE TERRORISMO DESDE EL FIN DE LA DICTADURA FRANQUISTA HASTA 1995.....	341
II.	CUESTIONES GENERALES DE LA LEGISLACIÓN PENAL EN MATERIA DE TERRORISMO: DE 1995 A 2019	347
III.	EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LOS DELITOS DE TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y LAS OPINIONES DOCTRINALES MÁS EXTENDIDAS	353
	1. El orden público: la ubicación sistemática de los delitos de terrorismo y ¿su bien jurídico protegido?.....	353
	2. La paz pública: ¿concepto equiparable al de orden público o noción diferenciada? ¿un posible bien jurídico?.....	359
	3. La “seguridad” en el ordenamiento jurídico español ¿un posible bien jurídico?..	366
IV.	LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL ART. 573 DEL CÓDIGO PENAL	370
	1. El elemento subjetivo o teleológico.....	377
	1.1. La primera finalidad: “subvertir el orden constitucional o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”.....	378
	1.2. La segunda finalidad: “alteración grave de la paz pública”	380
	1.3. La tercera finalidad: “desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional”	382
	1.4. La cuarta finalidad: “provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.....	383
	2. ¿Y el elemento estructural u organizativo?.....	384
V.	LA AGRAVACIÓN DE LAS PENAS POR DELITOS DE TERRORISMO ...	389
	1. La prisión permanente revisable para los delitos de terrorismo que causen la muerte	389
	2. Las demás penas por delitos de terrorismo	391
VI.	CONCLUSIONES PROVISIONALES Y PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	394

CAPÍTULO V. El Derecho penal sustantivo antiterrorista (II). Los delitos relacionados con el terrorismo y sus implicaciones en materia de derechos fundamentales y de principios rectores del Derecho penal..... 398

I.	INTRODUCCIÓN	398
II.	EL ADIESTRAMIENTO, EL ADOCTRINAMIENTO Y LA CAPTACIÓN PARA EL TERRORISMO	403
	1. El adiestramiento y el adoctrinamiento pasivo y el “autoadiestramiento” y el “autoadoctrinamiento”.....	404
	1.1. Cuestiones comunes a ambos delitos (arts. 575.1 y 2 CP)	404
	1.2. Las normas europeas	406

1.3.	El adoctrinamiento y el adiestramiento pasivo: el tipo objetivo	411
1.4.	El “autoadiestramiento” y el “autoadoctrinamiento”: el tipo objetivo	414
1.4.1.	La modalidad comisiva del acceso habitual	416
1.4.2.	La adquisición o tenencia de documentos	418
1.4.3.	Los contenidos 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.....	419
1.5.	El tipo subjetivo común a las cuatro modalidades	423
1.5.1.	La prueba del elemento subjetivo en la jurisprudencia.....	424
1.5.2.	Las Decisiones del Consejo Constitucional francés y la inconstitucionalidad del delito de “acceso habitual a sitios web terroristas” de su art. 421-2-5-2 Code Pénal	430
1.6.	Un desmesurado adelantamiento de las barreras de punición, delitos de sospecha y Derecho penal de autor	435
1.7.	El principio de proporcionalidad de las penas.....	442
1.8.	La inocuización de los individuos y de las ideas.....	443
1.9.	A modo de conclusión: ¿cabe una interpretación acorde con la Constitución?.....	446
2.	La captación, el adiestramiento y el adoctrinamiento activos	449
2.1.	Consideraciones generales sobre los delitos de colaboración terrorista	449
2.2.	El art. 577.2 CP: la captación, el adiestramiento y el adoctrinamiento activos.....	455
2.2.1.	Las normas europeas y la transposición española	455
2.2.2.	¿Son la captación, el adiestramiento y adoctrinamiento activo delitos de colaboración terrorista?	458
2.2.3.	“Cualquier actividad de captación, adiestramiento o adoctrinamiento”	460
A.	La captación.....	461
B.	El adiestramiento activo.....	468
C.	El adoctrinamiento activo	469
2.2.4.	“Que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar”	471
2.2.5.	El tipo subjetivo.....	472
2.2.6.	El <i>iter criminis</i> : ¿es punible la tentativa? ¿es legítima su punición?	473
2.3.	Algunas conclusiones sobre los delitos de captación, adoctrinamiento y adiestramiento activo	474
3.	La Sentencia N°9/2015, de 28 de enero, del Tribunal Constitucional belga con respecto a la constitucionalidad de los delitos de reclutamiento, adiestramiento activo y adiestramiento pasivo del Code Pénal belga.....	476
	<i>Excurso: ¿Qué correspondencia existe entre las modalidades activas y pasivas del adoctrinamiento o del adiestramiento?</i>	<i>480</i>
III. LOS DELITOS EMPARENTADOS CON LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES.....		483
1.	El enaltecimiento y la justificación del terrorismo	483
1.1.	El art. 578 y la previsión de dos grupos de conductas diferenciados: los delitos de enaltecimiento y justificación del terrorismo y el delito de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares	483
1.2.	Los dos delitos del art. 578.1 CP y sus ¿bienes jurídico penales protegidos?.....	486
1.3.	Cuestiones generales del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo ...	489
1.3.1.	¿En qué categoría dogmática se inserta el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo?	489
1.3.2.	¿Es el enaltecimiento y la justificación del terrorismo un delito de terrorismo?... ..	492

1.3.3. Las normas europeas: la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo	494
1.4. La libertad de expresión y el enaltecimiento y justificación del terrorismo	496
1.4.1. Necesidad de previo examen de la libertad de expresión, adecuado al caso concreto	502
1.4.2. Hacia una interpretación restrictiva: el elemento intencional y la generación de un riesgo de comisión	506
A. La STC 112/2016, de 20 junio, y el entendimiento del enaltecimiento como un “delito de clima”	506
B. La STC 35/2020, de 25 de febrero y la finalidad de incitar	509
C. La STEDH 5869/17, Caso Erkizia Almandoz contra España, de 21 de junio de 2021 y el requisito del contexto de riesgo	512
D. Los criterios para tener en cuenta en la evaluación del riesgo	515
1.5. El derecho de reunión y manifestación y el enaltecimiento y justificación del terrorismo	518
1.6. Algunas conclusiones provisionales.....	524
2. La “difusión o propaganda” terrorista y los actos preparatorios punibles de los delitos de terrorismo (<i>sui generis</i> y clásicos)	525
2.1. Cuestiones generales	525
2.2. Los antecedentes legislativos del art. 579 CP	527
2.2.1. Los casos enjuiciados bajo la redacción de 2010	529
2.3. El art. 579.1 y 2 CP en su redacción de 2015.....	532
2.3.1. Una única condena por la modalidad prevista en el art. 579.1	538
2.4. Un breve apunte: el derecho de reunión y manifestación y el delito de “difusión o propaganda” terrorista	540
2.5. A modo de conclusión: el delito de “difusión o propaganda” terrorista y los actos preparatorios <i>sui generis</i> ¿son necesarios? ¿cabe una interpretación de estos conforme a la Constitución?	542
3. Las decisiones sobre la constitucionalidad de los delitos derivados de la “provocación pública al terrorismo” en el Derecho comparado: Bélgica y Francia	544
3.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional belga N°31/2018, de 31 de marzo	544
3.2. La Decisión del Consejo Constitucional francés N°2018-706, de 18 de mayo de 2018, sobre el delito de enaltecimiento del terrorismo	547
4. Conclusiones comunes a los delitos emparentados con los actos preparatorios punibles.....	550
IV. LOS COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS Y LOS RETORNADOS: LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS VIAJES CON FINES TERRORISTAS	553
1. Cuestiones generales sobre los combatientes terroristas (extranjeros y retornados): el Consejo de Seguridad, las organizaciones regionales europeas y el legislador español.....	553
2. El delito de traslado o establecimiento en territorio extranjero con finalidad terrorista	558
2.1. El tipo objetivo.....	558
2.1.1. Las redacciones de 2015 y 2019: el territorio extranjero controlado por organización o grupo terrorista, el territorio extranjero y las organizaciones o grupos considerados terroristas	560
2.2. El tipo subjetivo	564
2.3. El <i>iter criminis</i> : ¿es punible la tentativa? ¿es legítima su punición?.....	567
2.4. El desmesurado adelantamiento de las barreras de punición	573

2.5.	Los casos enjuiciados en España y una consideración de género	576
3.	Las decisiones sobre la constitucionalidad de los delitos de viaje con fines terroristas en el Derecho comparado: Alemania y Bélgica.....	582
3.1.	La Sentencia del BGH alemán sobre la constitucionalidad del delito de salida de Alemania con finalidad terrorista del StGB	582
3.2.	La Sentencia del Tribunal Constitucional belga N°8/2018, de 18 de enero, sobre la constitucionalidad del delito de viaje con finalidad terrorista	585
	<i>Excurso: los combatientes terroristas extranjeros y otras problemáticas conexas</i>	587
a)	Los combatientes terroristas retornados, los delitos cometidos en lugares de conflicto armado y su investigación.....	587
b)	Las “familias del DAESH” y los nacionales europeos en campamentos sirios de detención	589
4.	Conclusiones sobre los combatientes terroristas y los delitos relacionados con los viajes con fines terroristas	591
	Conclusiones generales	593
	Conclusions	621
	BIBLIOGRAFÍA	644
	RESOLUCIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES	675
	SENTENCIAS DE TRIBUNALES ESPAÑOLES	681
	Tribunal Constitucional	681
	Tribunal Supremo	683
	Audiencia Nacional.....	686
	Juzgados Centrales de Instrucción y otros tribunales	689
	SENTENCIAS DE TRIBUNALES INTERNACIONALES Y DE OTROS ESTADOS	690

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, me gustaría agradecer a la Universidad Pública de Navarra, la institución académica que ha financiado la realización de mi investigación. En especial, al Departamento de Derecho, a la Biblioteca, a la EDONA y al Servicio de Investigación.

Agradezco al Campus Iberus por la financiación de mi primera estancia de investigación en el Irish Centre for Human Rights de la University of Galway y al Gobierno de Navarra por la financiación de mi segunda estancia en la Humboldt Universität zu Berlin. Por supuesto, a las personas que respectivamente me acogieron en esas dos prestigiosas instituciones académicas, el Profesor Ray Murphy y el Profesor Luís Greco, por su hospitalidad y disponibilidad en todo momento.

Agradezco a mis directoras de tesis Inés Olaizola y Soledad Barber todo su apoyo, su confianza y sus enseñanzas. Su calidad profesional es remarcable pero más lo es su calidad humana. Lo mismo lo hago extensible a todas las personas que conforman el área de Derecho penal de la Universidad Pública de Navarra: Leticia Jericó, Paz Francés y Lorena Alemán.

Gracias a todos los miembros de mi extensa familia, tanto materna como paterna, por estar unidos y siempre ahí. En especial a mi madre y a mi padre, por su apoyo incondicional en todas las decisiones de mi vida, por su resiliencia, su fortaleza y su actitud ante la vida. También a mi hermano David, siempre serás lo que más quiero.

A Thomas, el amor de mi vida. Nunca podré agradecerte suficientemente todo lo que has hecho y haces por mí cada día. Sin ti no lo habría conseguido.

A mis amigas y amigos de todos los lugares, no puedo mencionarlos a todos, vosotros sabéis quienes sois. Gracias por vuestro apoyo y por entender mis ausencias, sobre todo en los últimos tiempos.

RESUMEN

El terrorismo es un fenómeno complejo, que no cuenta con una clara caracterización en ninguna rama del conocimiento. Ello conduce a que el Derecho tampoco haya encontrado una solución inequívoca para él en términos de régimen jurídico aplicable. Aun así, existen numerosas normas, medidas y estrategias en la materia, tanto a nivel internacional como interno.

Esta investigación constata cómo el vigente acervo antiterrorista (procesal penal y penal sustantivo) español y su aplicación es incompatible en muchos aspectos con los principios limitadores del *ius puniendi* de un Estado social y democrático de Derecho y con los derechos fundamentales. Este trabajo identifica y argumenta estas colisiones entre la legislación antiterrorista y la constitucional e internacional, y realiza numerosas propuestas de interpretación y de reforma.

ABSTRACT

Terrorism is a complex phenomenon that lacks a clear definition in any academic discipline. Therefore, the Law has not been able to provide a definitive solution in terms of its applicable framework. Even so, there exist a variety of regulations, measures, and strategies regarding terrorism, both at domestic and international level.

The present research shows how the Spanish counter-terrorism law (criminal procedure law and substantive criminal law) and its judicial application undermine in many respects the limits of the criminal law of a social and democratic state governed by the rule of law and its fundamental rights. The study identifies and argues these incompatibilities between counter-terrorism legislation and constitutional and international law and offers numerous proposals for interpretation and amendment.

ABREVIATURAS

11-S	Atentados del 11 de septiembre de 2001
AAN	Auto de la Audiencia Nacional
ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
AN	Audiencia Nacional
art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BVerfGE	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
CAT	Comité contra la Tortura (<i>Committee Against Torture</i>)
CCAA	Comunidades Autónomas
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIA	<i>Central Intelligence Agency</i>
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Coord.	Coordinación
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPI	Corte Penal Internacional
CPT	Comité Europeo para la prevención de la tortura del Consejo de Europa
CTC	Comité contra el Terrorismo (<i>Counter Terrorism Committee</i>)
DAESH	<i>Al-Dawla al-Islāmīya</i>
DIH	Derecho internacional humanitario
Dir.	Dirección
Directiva 2017/541	Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo
Directiva PNR	Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave
DM	Decisión Marco

DM 2002/475/JAI	Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo
DM 2008/919/JAI	Decisión Marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
Ed.	Edición
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
El Pacto Antiyihadista	Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades en la lucha contra el terrorismo
El Relator	Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo
EPB	Enciclopedia Penal Básica
ETA	<i>Euskadi Ta Askatasuna</i>
FIES	Ficheros de Internos de Especial Seguimiento
FJ	Fundamento Jurídico
GAL	Grupos Antiterroristas de Liberación
GEPC	Grupo de Estudios de Política Criminal
GRAPO	Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre
GTD	<i>Global Terrorism Database</i>
GTI	<i>Global Terrorism Index</i>
HRRS	<i>Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht</i>
IRA	<i>Irish Republican Army</i>
IRRC	<i>International Review of the Red Cross</i>
JCI	Juzgado Central de Instrucción
JICJ	<i>Journal of International Criminal Justice</i>
JpD	<i>Jueces para la Democracia</i>
La Carta	Carta de las Naciones Unidas
LECRim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
Ley 56/1978	Ley 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados
LH	Libro Homenaje
LO	Ley Orgánica
LO 1/2015	Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LO 1/2019	Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional
LO 11/1980	Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución
LO 13/2015	Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica
LO 15/2003	Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

LO 2/1998	Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO 2/2015	Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo
LO 4/1988	Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO 5/2000	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
LO 5/2010	Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LO 7/2000	Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo
LO 7/2003	Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas
LO 9/1984	Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución
LOEAES	Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOPP	Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos
LOPSC	Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana 1/1992, de 21 de febrero y 4/2015, de 30 de marzo
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
LOTIC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
n.p	nota al pie
Nº	Número
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
pág./págs.	página/páginas
párr.	párrafo
PNR	<i>Passenger Name Record</i>
PP	Partido Popular
Protocolo Adicional	Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Prevención del Terrorismo
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
RAE	Real Academia Española
RDP	Revista de Derecho Político

RDCP	Revista de Derecho Penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
Relator Especial	Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo
REP	Revista de Estudios Políticos
RGDE	Revista General de Derecho Europeo
RGDP	Revista General de Derecho Penal
RJUAM	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SIS	<i>Schengen Information System</i>
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
STIJ	Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEL	Tribunal Especial para el Líbano
TEORDER	Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UCD	Unión de Centro Democrático
UE	Unión Europea
URSS	Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas
Vol.	Volumen
ZaöRV	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i>
ZIS	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

OBJETO Y ESTRUCTURA

El fundamento y función del Derecho penal vienen dados por el modelo político de Estado en el que se inserta. En el caso de nuestro país, deberá respetar los postulados propios de un Estado social y democrático de Derecho. Además de ello, el Derecho penal debe respetar e interpretarse de acuerdo con los derechos fundamentales, como elementos esenciales del ordenamiento jurídico, y está limitado e inspirado por determinados principios. Es precisamente en estos ámbitos en los que se centra mi trabajo sobre terrorismo. El objeto de mi investigación es constatar que la vigente normativa antiterrorista (procesal penal y penal sustantiva) es incompatible en muchos aspectos con los principios limitadores del *ius puniendi* de un Estado social y democrático de Derecho y con los derechos fundamentales. Se trata de un trabajo amplio, en el que se identifican y argumentan las colisiones entre la legislación antiterrorista y la constitucional e internacional, y se realizan numerosas propuestas de interpretación y de reforma.

En este estudio he seguido una estructura que va de lo general (cuestiones relativas a la CE y al Derecho penal y qué papel juegan los derechos fundamentales en la citada rama del Derecho) a lo específico (qué repercusiones concretas tiene la legislación procesal y penal en materia de terrorismo en relación con los derechos fundamentales).

Así, en la *Primera Parte* de la tesis realizo unas consideraciones teóricas sobre la dogmática de los derechos fundamentales, y sobre las relaciones entre el Derecho penal y los derechos fundamentales, identificando los necesarios puntos de conexión entre ellos. Realizo también algunas consideraciones generales sobre los principios que deben regir en Derecho penal. Después, expongo algunas de las tendencias recientes por las que transita el Derecho penal, que precisamente hacen quebrar algunos de los citados principios y olvidan los derechos fundamentales como límite al Derecho penal. Sobre estas bases teóricas se asienta el estudio concreto posterior sobre la legislación antiterrorista.

La *Segunda Parte* de la obra, de más amplia extensión, la he dividido en cinco Capítulos.

En primer lugar, realizo, a modo de introducción, algunas consideraciones sobre el concepto de terrorismo a lo largo de la historia en las Ciencias Sociales.

El Capítulo I versa sobre la regulación del terrorismo en el Derecho internacional público, pues existe una amplia gama de instrumentos jurídicos y políticos internacionales que influyen en la legislación antiterrorista. Se estudiará desde distintos niveles: el sistema de la ONU, desde el punto de vista del Derecho penal internacional; y desde los sistemas regionales (UE y Consejo de Europa).

En el Capítulo II trato el terrorismo en el Derecho penal, planteando su núcleo de lesividad desde una perspectiva prelegislativa. Mi objetivo es llegar a una definición jurídico-penal de terrorismo desde el planteamiento de los elementos que deberían conformarla.

En el Capítulo III me ocupo de las especialidades procesales para los delitos de terrorismo. El punto central de este capítulo es el estudio del art. 55.2 CE como previsión suspensiva de derechos fundamentales y su desarrollo legislativo. También aludo a la competencia especial de la AN para el conocimiento de los delitos de terrorismo.

En el Capítulo IV me centro en el análisis, desde el punto de vista de los principios limitadores del Derecho penal y desde el prisma de los derechos fundamentales, en los delitos de terrorismo *stricto sensu* del CP, contenidos en el art. 573 CP. También realizo un análisis comparativo con las normas internacionales en la materia y algunas propuestas de *lege ferenda*.

Por último, en el Capítulo V estudio los delitos relacionados con el terrorismo y sus implicaciones en materia de derechos fundamentales y de principios rectores del Derecho penal. No se elabora un análisis únicamente dogmático o de política criminal de los delitos relacionados con el terrorismo (en este extremo la literatura es extensísima), sino que se desarrolla un análisis de (algunos) tipos penales de terrorismo y de su aplicación desde el prisma del respeto a los derechos fundamentales. Los delitos que he seleccionado para el estudio son los siguientes: el adiestramiento o adoctrinamiento pasivo y el “autoadiestramiento o autoadoctrinamiento” (art. 575.1 y 2 CP); la captación, el adiestramiento y el adoctrinamiento activos (art. 577.2 CP); el enaltecimiento y justificación del terrorismo (art. 578 CP); la difusión de mensajes o consignas terroristas (art. 579 CP); y el delito de traslado o establecimiento en territorio extranjero con fines terroristas (art. 575.3 CP). Los análisis de estos tipos varían en estructura y en extensión según unos u otros, dada la diversidad de sus implicaciones jurídico-penales, constitucionales e internacionales.

MÉTODO

1. La investigación que ha culminado en mi tesis doctoral es una investigación jurídica en la rama del Derecho penal y trata, más concretamente, sobre la configuración jurídico penal de los delitos de terrorismo y sus relaciones con la CE y los derechos fundamentales. Este trabajo pretende no solo dar solución a las cuestiones relacionadas con la interpretación y aplicación de las normas desde la necesaria sistematicidad y coherencia. Además de asumir una dogmática orientada por criterios de política criminal encauzados por los principios que deben regir en materia penal, realizo (como consecuencia del tema elegido) un análisis de los tipos penales en cuestión (delitos de terrorismo) y de su aplicación a la luz de los derechos fundamentales.

2. En cuanto a las fuentes que he utilizado para la elaboración de esta tesis doctoral, pueden enumerarse las siguientes:

- Legislación española. Los textos legales que he manejado de forma más habitual han sido el CP, la CE y la LECrim. También he utilizado otras leyes (generalmente orgánicas), que se encuentran referenciadas en el apartado de “Abreviaturas” principio de la tesis si han sido nombradas más de una vez en el texto.

- Instrumentos de organizaciones internacionales (Convenios, normas comunitarias, resoluciones e informes) esencialmente de la ONU, la UE y el Consejo de Europa.

- Jurisprudencia, fundamentalmente del TC, del TS, de la AN (por ser el Tribunal competente para conocer de los delitos de terrorismo) y del TEDH.

- Bibliografía, compuesta generalmente por monografías, manuales y artículos de revistas jurídicas, todo ello, hasta diciembre de 2022. La doctrina citada es en su mayoría española, si bien he introducido numerosas referencias de las doctrinas alemana y anglosajona.

Si en algún momento he incorporado en el texto (o notas al pie) lo expresado por un autor en lengua extranjera, no he introducido el texto original, sino que el lector lo encontrará traducido al castellano. No obstante, sí encontrará

algunas palabras sueltas, nombres propios, conceptos o preceptos en otros idiomas, que irán siempre en letra cursiva.

3. Se ha elegido un sistema de citas en el texto empleado extendidamente en la disciplina jurídica, que hará fácil al lector la identificación de las obras, y, en su caso, la ubicación de las afirmaciones que se viertan. Las citas completas de las obras se referencian alfabéticamente al final de la tesis, en el apartado “Bibliografía”, y, en el texto, las citas se realizan abreviadamente, de la forma siguiente:

a) Para las monografías, tratados o manuales, se referencia la autoría con dos apellidos (cuando proceda) en versales (el nombre propio va únicamente en la bibliografía final), siguiendo el título de la obra (abreviado, si es largo), en cursiva. Las palabras que se han utilizado para abreviar los títulos extensos figuran en cursiva en la bibliografía final.

b) La cita de artículos de revista comienza con la identificación de la autoría de igual forma que para las obras más extensas, siguiendo el nombre de la revista en cursiva (o con su abreviatura, si procede), el número (Nº), el año de publicación y las páginas. El título del artículo solo se referencia en la bibliografía final, entrecomillado.

c) Para la cita de capítulos de obras colectivas, en primer lugar, se indican los apellidos de la persona autora en versales, siguiendo los apellidos de las personas encargadas de la dirección (Dir.), coordinación (Coord.) o edición (Ed.). Si son varios, sus apellidos van separados por barras. Después, se señala el título de la obra en cursiva (abreviado, si este es extenso), el año y las páginas pertinentes.

d) En cuanto a la jurisprudencia, en el texto y en las notas al pie se identifica el órgano judicial (con su abreviatura), el número de resolución, la fecha y el fundamento jurídico (si procede). En la mención de sentencias provenientes de tribunales internacionales, además, suele señalarse el nombre del caso. Todas las sentencias mencionadas en la obra se encuentran detalladas en una tabla final, primero agrupadas por órgano y ordenadas después por fecha.

e) La cita en el texto o en las notas al pie de instrumentos de organizaciones internacionales varía, dada la pluralidad de estos. A pesar de ello, serán de fácil identificación para el lector, pues, como mínimo, se identifica el nombre del instrumento y su fecha. Aun así, para facilitar la identificación de los

instrumentos, he optado también por incluir una tabla final de instrumentos internacionales, en la que se señala ordenadamente el órgano del que emanan, el número de identificación o nombre del caso, la fecha, y, en la medida de lo posible, los enlaces electrónicos para un acceso directo a sus contenidos. Todos los instrumentos mencionados en la tabla están agrupados primeramente por órgano y ordenados seguidamente por fecha.

f) En las notas al pie encontrará el lector algunos enlaces electrónicos con sus respectivos últimos accesos, si bien he reservado la referencia a los mismos en el texto para fuentes que utilizo de forma más escasa, como son noticias de prensa, mapas o informes de organizaciones no gubernamentales. Las fuentes que sí que he agrupado en tablas finales (instrumentos internacionales y jurisprudencia), como ya he indicado, cuentan, dentro de lo posible, con un enlace para su acceso electrónico y con su respectiva fecha de último acceso.

Introducción

El terrorismo representa un fenómeno ampliamente tratado por distintas ramas del conocimiento. Se estudia desde las Ciencias políticas, la Historia, la Sociología, la Psicología, la Criminología, las Ciencias de la comunicación, y, por supuesto, desde el Derecho. El punto en común de todas las aproximaciones científicas al fenómeno del terrorismo es su complejidad y sus pocos puntos de consenso, comenzando por la inexistencia de una definición unívoca del término.

Las visiones de qué implica la violencia terrorista son particulares de los momentos históricos y lugares, y la etiqueta de “terrorista” es socialmente construida y políticamente aplicada. Por ello, la definición de terrorismo podrá ser (más o menos) compartida por una mayoría social en un Estado o conjunto de Estados cuyo bagaje político-cultural sea similar, pero no lo será bajo la mirada de otros. Y ese es precisamente el problema más manifiesto al enfrentarnos con la definición del fenómeno terrorista, que su caracterización no está clara como fenómeno social e histórico complejo. Y ello se extiende, irremediablemente, al campo jurídico.

En el plano jurídico, la falta de definición ha hecho difícil discernir el Derecho aplicable. Al terrorismo se aplican aspectos del Derecho de la guerra, del derecho de excepción, del Derecho penal de los Estados y del Derecho penal internacional. Cuenta con una vasta regulación multiforme y multidimensional (Derechos constitucional, penal y procesal domésticos, distintos, como no podía ser de otro modo, entre sí; convenios internacionales; resoluciones; normativa europea, etc.) que se expande sin contar con la resolución de problemas de base.

Como acto de guerra, sobre todo en el contexto de la infame e ilegal *War on Terror* se han dado algunas de las más atroces violaciones de derechos humanos a nivel internacional¹, lo que ha avivado el debate relacionado con el terrorismo, el respeto de las

¹ No en vano se han creado, especialmente en el plano internacional, organismos que se ocupan de evaluar y denunciar las vulneraciones de derechos que se dan en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Por ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos (desaparecida en 2006 y sustituida por el Consejo de Derechos Humanos), en su Resolución E/CN.4/RES/2005/80, de 21 de abril de 2005, decidió designar un Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Según la Resolución de su creación, el mandato de la persona titular de la

normas de Derecho internacional y de derechos humanos y de los principios que deben regir los sistemas penales (de Estados democráticos de Derecho).

Existe entonces una interesante y paradójica relación entre la guerra y el terrorismo, así como entre el terrorismo y los derechos humanos: se da una creciente consideración del terrorismo como una violación de derechos humanos; mientras que a su vez supone un campo abonado para la limitación (y vulneración) de los derechos humanos de los considerados *terroristas*, que ha hecho incluso negar (¡e intentar justificar jurídicamente incluso!) la prohibición absoluta de la tortura. Y no solo de los considerados terroristas, sino también los derechos de la población en general, que los ve cercenados en *pro* de la *seguridad*.

La violencia considerada terrorista causa mucho daño y debe ser abordada por el Estado, pero, por supuesto, sin sustraerse de sus fundamentos básicos. Al fin y al cabo, el mantenimiento de las garantías es lo que legitima la actuación del Estado social y democrático de Derecho en la prevención de la violencia terrorista, y esa legitimación la pierde si actúa fuera de sus límites.

Al igual que la calificación del terrorismo como acto de guerra plantea problemas, estos surgen también en el ámbito del Derecho penal sustantivo antiterrorista. La senda que transita el Derecho penal hacia un modelo expansionista², prevencionista³, punitivista⁴ y que ha cultivado concepciones como la de Derecho penal del enemigo⁵, ha hecho evolucionar una de las relaciones entre los derechos fundamentales y el Derecho

relatoría incluye: a) Formular recomendaciones concretas y prestar servicios de asesoramiento o asistencia técnica a los Estados; b) Reunir, solicitar, recibir e intercambiar información de todas las fuentes pertinentes, entre otras, de los gobiernos, los individuos interesados, incluso mediante visitas a los países, acerca de las presuntas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, con especial atención a las esferas no abarcadas por los titulares de otros mandatos; c) Identificar, intercambiar y promover las mejores prácticas sobre medidas de lucha contra el terrorismo; d) Trabajar en estrecha coordinación con otros relatores especiales y otros órganos de la ONU; e) Establecer un diálogo regular y examinar las posibles esferas de cooperación con todos los agentes pertinentes; f) Presentar un informe periódico a la Comisión de Derechos Humanos y a la AG.

² SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2006.

³ HUSTER, en: HUSTER/GARZÓN VALDÉS/MOLINA FERNÁNDEZ, *Terrorismo y derechos fundamentales*, 2010, págs. 9-30; BORJA JIMÉNEZ, *ADPCP*, T.70, N°1, 2017, págs. 28-71. Existen voces a favor de este tipo de política criminal: AGUDO FERNÁNDEZ/JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, *Terrorismo en el siglo XXI*, 2016, pág. 126, señalan que “se hace imprescindible una política-criminal de carácter preventivo que pueda romper la dinámica de radicalización”.

⁴ ACALE SÁNCHEZ, *Revista de Derecho penal*, N°26, 2018, págs. 231 y 240, refiriéndose a las frecuentes reformas penales desde la aprobación del CP 1995, que, más que prevenir la comisión de delitos, han provocado un endurecimiento de la respuesta punitiva, pasando de ser aquel CP de la democracia a un CP de la seguridad, o pasando de un Derecho penal a un Derecho punitivo.

⁵ JAKOBS, *HRRS*, N°3, 2004, págs. 88-95. Ver *infra*: Breve referencia a un contramodelo: el Derecho penal del enemigo.

penal, la función de éstos como límite al *ius puniendi*⁶, lo que se hace notar, de manera ejemplar, en la legislación antiterrorista. Nos encontramos actualmente ante un Derecho penal basado en criterios de *peligrosidad, seguridad y eficacia*, cuyas notas definitorias (relajación de garantías, adelantamiento de la intervención penal, delitos asociativos, actos de apoyo financiero, actos de simple posesión, etc.), a pesar de que van permeando poco a poco muchos aspectos del ordenamiento penal, se concentran de forma especialmente manifiesta en materia de terrorismo.

En España concretamente, existe desde hace décadas una desarrollada legislación sobre terrorismo, que cuenta incluso con una autorización constitucional para la suspensión de determinados derechos fundamentales en el curso de las investigaciones por delitos de terrorismo (art. 55.2 CE). Se trata de una parcela del Derecho penal que puede calificarse como un auténtico “subsistema penal”⁷, con especialidades constitucionales, penales sustantivas, procesales y penitenciarias⁸.

Muchas de las especialidades, sobre todo las procesales y suspensivas de derechos fundamentales, fueron aprobadas en un momento de coyuntura política muy influenciado por la violencia de ETA. A pesar de que la amenaza terrorista ha ido disminuyendo y cambiando, las especialidades se han mantenido e incluso se han intensificado, planteando numerosas cuestiones en materia de derechos fundamentales.

El legislador penal sustantivo ha sido más activo aún, si cabe, en la reforma constante de los delitos de terrorismo. Las sucesivas modificaciones normativas han ido difuminando los elementos que las anteriores versiones preveían para que una conducta pudiera ser calificada como terrorista (para acabar en 2015 por romper definitivamente con ellos) y han ido centrando cada vez más la atención en las conductas periféricas del terrorismo (en ocasiones, tan periféricas, que deberían caer fuera del ámbito del Derecho penal). Contamos actualmente con unos delitos de terrorismo que plantean problemas concursales (tanto dentro de los propios delitos de terrorismo como con otras figuras delictivas) y que se desmarcan de algunas de las principales categorías dogmáticas asentadas (por ejemplo, de aspectos del *iter criminis*, sobre el juicio de peligro, sobre el bien jurídico protegido, sobre la autoría y la participación, o sobre el tipo subjetivo).

⁶ En este sentido: DE LUIS GARCÍA, en: BARONA VILAR (Ed.), *Claves de la justicia penal*, 2019, págs. 624 y 632.

⁷ QUINTERO OLIVARES, en: MORENO CATENA/ARNAIZ SERRANO (Dir.)/MARTÍNEZ SOTO (Coord.), *El Estado de Derecho a prueba*, 2017, pág. 17.

⁸ A las especialidades penitenciarias no se hará referencia en este estudio.

También han olvidado definitivamente la vigencia de importantes principios del Derecho penal, así como la función de los derechos fundamentales como elementos esenciales del ordenamiento que deben servir para limitar la acción del legislador y la posterior aplicación de las normas penales. El campo antiterrorista es el mejor abonado para la relajación y supresión de estos aspectos fundamentales del Estado social y democrático de Derecho. El argumento securitario está sirviendo para admitir toda excepción en la materia antiterrorista sin apenas discusión.

Primera Parte. Los derechos fundamentales y los principios limitadores del *ius puniendi*: límites al castigo

I. Los derechos fundamentales

1. Consideraciones generales

La CE, como norma suprema del ordenamiento⁹, instauro un sistema social y democrático de Derecho que reconoce, protege y promueve la dignidad y libertad del individuo a través de sus derechos fundamentales. Concretamente, nuestra CE recoge un amplio catálogo de estos, y los clasifica en tres grupos según el nivel de garantías que les otorga. No es este el lugar para entrar a valorar consideraciones doctrinales de otra índole, como la fundamentación de los derechos fundamentales, las múltiples clasificaciones doctrinales de los mismos, o las distintas pugnas terminológicas que existen a su alrededor (la más significativa, entre los términos “derechos fundamentales” y “derechos humanos”)¹⁰.

Nuestra norma fundamental rubrica su Título I como “De los derechos y deberes fundamentales” (arts. 10 a 55 CE), aunque ni todo lo contenido en él son derechos o deberes, ni todos los derechos allí consagrados tienen la misma configuración jurídica, lo que se desprende de un simple vistazo a las rúbricas de los Capítulos (y Secciones) que conforman el Título I. Así, el Capítulo I “De los españoles y los extranjeros” sistematiza las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, si bien, algunas de esas condiciones representan en sí mismas derechos¹¹. En segundo lugar, titula la CE el Capítulo II de su Título I como “Derechos y libertades”, distinguiendo dentro del mismo dos Secciones: la 1ª, a la que denomina “De los derechos fundamentales y libertades públicas” (arts. 15 a 29 CE)¹²; y la Sección 2ª, que titula “De los derechos y deberes de los ciudadanos” (arts. 30 a 38 CE). Tras ello, la CE titula al Capítulo III de su Título I

⁹ En el caso de la española queda establecido en el art. 9.1 CE, que impone la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la CE y al resto del ordenamiento jurídico. Además, el art. 53.1 CE señala la sujeción de los poderes públicos a la CE en lo que respecta a los derechos y libertades del Capítulo II del Título I y establece el control de constitucionalidad de las leyes en el art. 161.1.a).

¹⁰ Para algunos, esta última distinción carece de sentido, ya que ambos términos hacen referencia al mismo contenido. Para otros, la diferencia estriba en la distinción entre un fundamento iusnaturalista de los derechos, que daría lugar a los derechos humanos, y un fundamento positivista, que, al reconocer los derechos en declaraciones o constituciones, les otorgaría la consideración de fundamentales. Se puede distinguir otra opinión, la que señala que los derechos fundamentales son los reconocidos en un ámbito estrictamente nacional, mientras que los derechos humanos son aquellos reconocidos por el ordenamiento internacional. En este trabajo, va a seguirse esta última distinción.

¹¹ Por ejemplo, reconoce el derecho de asilo (art. 13.4 CE).

¹² Dentro de ellos, también se prevén normas que no reconocen en puridad derechos fundamentales, pues pueden encontrarse mandatos al legislador (art. 20.3 o art. 25.2 CE, interpretado como tal por el TC) o garantías institucionales (art. 27.10 CE), etc.

como “De los principios rectores de la política social y económica” (arts. 39 a 52 CE)¹³. El Capítulo IV regula las distintas garantías de los derechos constitucionales, y, por último, el Capítulo V, formado por el art. 55, constitucionaliza la institución jurídica de la suspensión de los derechos fundamentales para determinados supuestos.

Al margen de las anteriores denominaciones sistemáticas, es el art. 53 CE (inserto en el Capítulo IV del Título I de la CE) el que se ocupa más específicamente de la distinción en términos de régimen jurídico de los diferentes grupos de derechos que el constituyente ha llamado de forma genérica “derechos y deberes fundamentales”¹⁴.

En primer lugar, aquellos derechos previstos en la Sección 1ª (arts. 15 a 29 CE) y en el art. 14 CE, de acuerdo con el texto del art. 53.2 CE, gozan de una protección jurisdiccional reforzada, primero, mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad ante los tribunales ordinarios, y, segundo, a través de un recurso de amparo ante el TC¹⁵. Asimismo, estos derechos deberán desarrollarse mediante ley orgánica (*ex art. 81.1 CE*)¹⁶, y, en caso de reforma constitucional de los mismos, habrá de seguirse el procedimiento de reforma constitucional agravado (art. 168 CE).

En cuanto a los derechos previstos en el Capítulo III, los llamados “principios rectores de la política social y económica”, establece el art. 53.3 CE que su reconocimiento, respeto y protección “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, sin embargo, “solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

De la lectura del art. 53.1 CE (que se refiere a los derechos del Capítulo II del Título I) y de lo dicho más arriba se infiere que los derechos de la Sección 2ª gozarán de

¹³ Algunas incongruencias sobre la sistemática elegida por el constituyente en relación con los Capítulos I y II del Título I de la CE: DE CASTRO CID, *REP*, N°18, 1980, págs. 134 y ss.

¹⁴ Por ejemplo, DE CASTRO CID, *REP*, N°18, 1980, pág. 148, ha distinguido entre estos derechos como: derechos fundamentales fuertes, derechos fundamentales débiles y derechos fundamentales especialmente débiles (nótese que este autor designa a todos los derechos como fundamentales).

¹⁵ Esta última posibilidad de recurso también se extiende a la objeción de conciencia del art. 30 CE.

¹⁶ De acuerdo con el art. 81.1 CE, “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (...)”. La jurisprudencia constitucional ha repetido que esta reserva solo se predica de los derechos contenidos en la Sección 1ª. Así, por ejemplo, la STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 2) indica que “el art. 53 CE establece que cualquier ciudadano podrá recabar, a través del recurso de amparo, la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y en la Sección 1ª del Capítulo II, mientras que el art. 81.1, al definir las materias propias de ley orgánica, se refiere al ‘desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas’, que es precisamente la rúbrica utilizada para designar el conjunto de los artículos comprendidos en la Sección 1ª”.

las garantías previstas en ese precepto. Así, la regulación de su ejercicio solo podrá realizarse por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, y se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1 a) CE (precepto regulador del recurso de inconstitucionalidad).

De acuerdo con criterios formales, en un sentido amplio, podría partirse de la idea de que todos los derechos reconocidos constitucionalmente son fundamentales, independientemente de su régimen jurídico-constitucional¹⁷, precisamente porque ostentan grado constitucional. Esto último, sin embargo, podría ser tachado de incorrecto técnicamente¹⁸, pues, si se atiende a la distinción estricta de acuerdo con sus garantías, únicamente los derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 serían auténticos derechos fundamentales. Otra tesis, a mi juicio más acertada, designa como derechos fundamentales a aquellos que ostentan eficacia jurídica directa (no necesitan intermediación legislativa) y que vinculan a todos los poderes públicos *ex art. 53.1 CE*, por lo que deberían incluirse todos los del Capítulo II del Título I (arts. 14 a 38)¹⁹, que en definitiva es la característica que designa a los derechos como genuinos derechos de rango constitucional. Por otro lado, cabe señalar que este no es más que un debate nominalista²⁰ y cada vez menos intenso en el ámbito doctrinal²¹, pues al fin y al cabo a lo que habrá de estarse a la hora de operar con los derechos es a las garantías y características que fija el art. 53 CE; y porque además España es parte de numerosos convenios internacionales de derechos humanos que no hacen distinción alguna entre derechos.

Sentado lo anterior, es cierto que a lo largo del estudio me referiré generalmente a los derechos fundamentales que gozan de la máxima protección constitucional, es decir, los contenidos en la Sección 1ª (arts. 15 a 29 CE) y al art. 14 CE, pues, al ser los recurribles en amparo, son de los que más consideraciones pueden extraerse para la investigación, y porque son los que suelen generalmente entrar en conflicto con normas de Derecho penal o procesal penal. También mencionaré otros, pues, por un lado, los catálogos de derechos

¹⁷ De esta opinión: DE CASTRO CID, *REP*, N°18, 1980, págs. 147-149; ÁLVAREZ CONDE/TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, 10ª ed., 2021, págs. 274 y 303.

¹⁸ PÉREZ TREMP, en: LÓPEZ GUERRA/ESPÍN TEMPLADO/GARCÍA MORILLO/PÉREZ TREMP/SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, *Derecho constitucional*, Vol. I, 2018, pág. 130.

¹⁹ De esta opinión: CRUZ VILLALÓN, *REDC*, N°25, 1989, pág. 41; BRAGE CAMAZANO, *Los límites*, 2004, pág. 247; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema*, 5ª ed., 2021, págs. 58-59.

²⁰ PÉREZ TREMP, en: LÓPEZ GUERRA/ESPÍN TEMPLADO/GARCÍA MORILLO/PÉREZ TREMP/SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, *Derecho constitucional*, Vol. I, 2018, pág. 130; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema*, 5ª ed., 2021, págs. 58-59.

²¹ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema*, 5ª ed., 2021, pág. 58.

humanos contenidos en instrumentos de Derecho internacional reconocen derechos que quedan fuera de la Sección 1ª (o que no se mencionan en la CE), y, por otro lado, porque la CE impone la obligación *ex art.* 10.2 de interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Es pacífico en la doctrina, y también lo ha reconocido el TC, que los derechos fundamentales tienen un doble carácter o naturaleza. De acuerdo con la STC 25/1981, de 14 de julio, en primer lugar, “los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia”. Y, en segundo lugar, declara su dimensión como valores objetivos (la llamada dimensión institucional de los derechos fundamentales²²), al señalar que “son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada en el Estado social y democrático de Derecho”. Continúa el TC diciendo que “esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 CE, al señalar que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social”²³, añadiendo en posterior jurisprudencia que estos se erigen como componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico²⁴. Ello se ve claramente, por ejemplo, en el derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE), cuyo reconocimiento significa “la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político como valor fundamental y requisito del funcionamiento del Estado democrático”²⁵; o en el derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE que “opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la

²² Esta teoría es originaria de Alemania. Puede verse: HÄBERLE, *La libertad*, 2003, págs. 123 y ss.

²³ También señala el TC en esa misma Sentencia que otros textos de derechos humanos acogen esta visión dual. Así, la DUDH, en su primer párrafo de su Preámbulo señala que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Por su parte, el CEDH, en el párrafo cuarto de su Preámbulo, indica que “estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen”.

²⁴ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4.

²⁵ STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3.

defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo (...)”²⁶.

Los poderes públicos están indudablemente vinculados a los derechos fundamentales, no solo de forma negativa (al funcionar estos como tope a las actuaciones de los poderes públicos que impide su lesión por parte del Estado), sino también de una manera positiva, como bien se desprende de los arts. 9.2 CE²⁷ y 53.1 CE²⁸. Así pues, los poderes públicos deben garantizar y promover el ejercicio de los derechos fundamentales.

Su especial posición en el ordenamiento jurídico como elementos estructurales básicos también implica algunas especialidades en materia interpretativa. Por una parte, la interpretación del ordenamiento jurídico en su totalidad debe de realizarse a la luz de los derechos fundamentales (lo que es una concreción del principio general de interpretación conforme con la CE), y estos, a su vez, deberán ser interpretados de la forma favorable para su ejercicio, de acuerdo con el principio *pro libertate*²⁹ (lo que tiene especial importancia en la materia penal, como más tarde veremos).

Por otro lado, España es parte de un gran número de convenios internacionales de derechos humanos. Los instrumentos internacionales generales en materia de derechos humanos son la DUDH, el PIDCP, el PIDESC, la CDFUE, y el CEDH y sus Protocolos Adicionales³⁰. De todos ellos, merece especial mención el CEDH, pues el Consejo de Europa instituyó el TEDH como órgano judicial guardián de sus disposiciones, al que pueden acudir los particulares cuando hayan agotado las vías judiciales internas. Todos estos instrumentos jurídicos de derechos humanos forman parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en el art. 96.1 CE³¹, por lo que habrán de ser aplicados

²⁶ STC 85/1988, de 28 de abril, FJ 2.

²⁷ “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

²⁸ “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título [I] vinculan a todos los poderes públicos”.

²⁹ PÉREZ TREMP, en: LÓPEZ GUERRA/ESPÍN TEMPLADO/GARCÍA MORILLO/PÉREZ TREMP/SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, *Derecho constitucional*, Vol. I, 2018, pág. 141.

³⁰ Existen numerosos tratados sectoriales en materia de derechos humanos. A algunos de los más importantes se hará referencia a lo largo de esta obra: la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles de 1984; la Convención sobre los derechos del niño de 1989; la Convención internacional de protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006; o la Convención para prevención y sanción del delito de genocidio de 1948.

³¹ “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

por nuestros órganos judiciales domésticos. Suele entenderse que los tratados internacionales tienen rango de ley, si bien con importantes especialidades, pues no podrán ser derogados por ellas, pero estos sí podrán tener una fuerza derogatoria de las leyes que sean contrarias a sus disposiciones³².

En relación con todo ello, nuestra CE impone en su art. 10.2 una importante obligación en materia interpretativa (en ocasiones pasada por alto³³), que implica que la exégesis de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades debe realizarse conforme a la DUDH y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (lo que también se extiende a la jurisprudencia del TEDH). FERNÁNDEZ SEGADO defiende, y estoy de acuerdo, que su origen y génesis en el *iter* constituyente, hacen interpretar esta cláusula como una vía de tutela y garantía de los derechos, dirigida a salvar las dificultades de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos³⁴. Ahora bien, aunque los derechos contenidos en los instrumentos internacionales formen parte del ordenamiento español *ex art.* 96.1 CE, ello no implica, según ha declarado el TC, que por la vía del art. 10.2 CE se hayan elevado a rango constitucional todos aquellos derechos³⁵. Esta interpretación literal del art. 10.2 CE tiene como consecuencia que la vulneración de un derecho consagrado únicamente vía convencional, sin homólogo en la CE, no supone la inconstitucionalidad de las leyes ni la posibilidad de alegarlo en amparo. Esta construcción del TC, no obstante, ha sido objeto de críticas, pues no tiene verdaderamente en cuenta la posición que ocupan los tratados internacionales en derecho español, que ya se ha señalado³⁶.

³² Por supuesto, el contenido de los tratados internacionales no podrá contradecir la CE. El art. 95.1 CE dispone que, si se celebra un tratado con estipulaciones contrarias a la CE, habrá de procederse a una revisión de esta.

³³ Sobre ello: PAREDES CASTAÑÓN, en: FERNÁNDEZ TERUELO/GONZÁLEZ TASCÓN/VILLA SIEIRO (Coord.), *Estudios penales Suárez Montes*, 2013, págs. 491-504. Pone de manifiesto el autor en este trabajo que en determinados ámbitos (terrorismo, tortura, algunos derechos sociales, etc.), los operadores jurídicos españoles son reticentes a interpretar las normas penales de acuerdo con lo dispuesto por los tratados internacionales de derechos humanos de las que España es parte. También lo ponen de manifiesto, refiriéndose al Derecho constitucional colombiano: SOTOMAYOR ACOSTA/TAMAYO ARBOLEDA, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 20, N°1, 2018, págs. 216 y ss.

³⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, *REDC*, N°39, 1993, pág. 226.

³⁵ STC 38/2011, de 28 de marzo, FJ 2.

³⁶ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema*, 5ª ed., 2021, pág. 156.

2. Los derechos fundamentales y sus “límites”

El TC, desde temprana jurisprudencia, afirmó que no existen derechos ilimitados. Los límites de los derechos fundamentales los establece la CE por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras ocasiones se derivan de una manera mediata o indirecta de ella, por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos³⁷.

Existe un debate doctrinal sobre la afirmación categórica del TC de la inexistencia de derechos absolutos. Alguna doctrina entiende que sí existen derechos ilimitados, en tanto en cuanto algunos derechos (que no necesitan desarrollo legal ni tampoco acciones positivas de los poderes públicos) no dejan resquicio alguno para que el legislador o el juez puedan introducir limitaciones sin que al mismo tiempo no se viole la CE (u otro instrumento de derechos humanos)³⁸. Otros, como BRAGE CAMAZANO, argumentan que no se debe confundir la existencia de prohibiciones contenidas en los artículos sobre derechos fundamentales, con derechos fundamentales absolutos. Estas prohibiciones, más que derechos absolutos, son propiamente límites a la capacidad limitadora del legislador³⁹.

Ahora bien, a la hora de hablar de los “límites”, existe un espinoso debate doctrinal que no puedo tratar en profundidad, pues, en palabras de MEDINA GUERRERO, “abordar el concepto de límite supone adentrarse en el ámbito tal vez más resbaladizo de la dogmática de los derechos fundamentales”⁴⁰. Únicamente daré algunas pinceladas, necesarias para posteriores consideraciones.

Para intentar dar luz a la ardua cuestión de los “límites” (en general), ni el texto constitucional ni los instrumentos internacionales de derechos humanos ayudan a extraer

³⁷ STC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5. También: STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 3.

³⁸ MUÑOZ ARNAU, *Los límites*, 1998, págs. 117-118. El autor cita como ejemplos el derecho a no ser obligado a declarar sobre la propia ideología, creencia o religión (art. 16.2 CE), el derecho del detenido a no ser obligado a declarar (art. 17.3 CE), el derecho del procesado a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), el derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (25.1 CE) y la inmunidad frente a las torturas y a las penas o tratos inhumanos o degradantes (al menos en abstracto) del art. 15 CE. Por su parte, CARRILLO SALCEDO, en: GÓMEZ ISA (Dir.)/PUREZA (Coord.), *La protección internacional*, 2004, pág. 402, sostiene que el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud o a servidumbre, y el derecho a que la ley penal no tenga efectos retroactivos, son derechos absolutos, garantizados por normas que no admiten excepción ni derogación.

³⁹ BRAGE CAMAZANO, *Los límites*, 2004, págs. 40-41.

⁴⁰ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa*, 1996, pág. 45.

conclusiones definitivas, y no existe unanimidad doctrinal ni teórica ni terminológica, por lo que sobre esta cuestión es habitual encontrar en la literatura jurídica todo un catálogo de vocablos (por ejemplo: “restricción”, “limitación”, “límite”, “delimitación”, “intervención”, etc.⁴¹) que se refieren al mismo, a conceptos conexos, o, por el contrario, a visiones doctrinales totalmente distintas con respecto al contenido de los derechos fundamentales y a la posibilidad de someterlos a “limitación”.

⁴¹ Únicamente para ilustrar la disparidad terminológica en la materia (que obviamente muestra, la disparidad teórica subyacente) en la materia, pueden citarse las opiniones de algunos autores. FERNÁNDEZ SEGADO, *REDC*, N°39, 1993, págs. 236-237, diferencia entre *límites intrínsecos* y *extrínsecos*. Los primeros derivan de la propia naturaleza de cada derecho y de su función social, y dentro de ellos diferencia a su vez entre los *límites objetivos* (que se desprenden de la propia naturaleza, de la misma realidad del derecho) de los *subjetivos* (que derivan de la actitud del sujeto titular y de la forma de realizar el propio derecho). Los *límites extrínsecos* derivan de la propia existencia social y de los demás sujetos de derecho que en ella coexisten, derivando algunos de la CE de forma inmediata, y otros, de manera mediata o indirecta. JIMÉNEZ CAMPO, en: ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios*, 1996, págs. 457-458, ha distinguido entre *límites* o *limitaciones*, como aquellas “constricciones, excepciones o privaciones de un bien o derecho ya definido”, y *delimitación*, como “todas las acciones que contribuyen a definir los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental”. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema*, 5ª ed., 2021, pág. 105, utiliza el término *delimitación* para designar aquellas intervenciones tendentes a completar la indeterminación del texto constitucional, si bien toma el término *restricción* para referirse a “cualesquiera medidas, de alcance general o particular, que reducen el ámbito de aplicabilidad de un derecho”. Señala que esta decisión presenta la doble ventaja de evitar confusiones y cortar de raíz equívocos con la función primaria de los derechos fundamentales como tope o barrera al legislador, para lo que también se suele hablar de *límites*. PÉREZ TREMP, en: LÓPEZ GUERRA/ESPÍN TEMPLADO/GARCÍA MORILLO/PÉREZ TREMP/SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, *Derecho constitucional*, 2018, págs. 139-140, distingue entre *límites internos* y *externos*, y, dentro de éstos últimos, entre *expresos* e *implícitos*. Para este autor, *límites internos* serían aquéllos que sirven para definir el contenido mismo del derecho, resultando, pues intrínsecos a su propia definición. Estos constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuales no se está ante el ejercicio de este sino ante otra realidad. Los *límites externos*, serían aquéllos que se imponen por el ordenamiento al ejercicio legítimo y ordinario de los derechos fundamentales, que, a su vez, pueden ser de dos tipos: *expresos* e *implícitos*. Los *límites externos expresos* pueden establecerse bien con carácter general para todos los derechos fundamentales, bien respecto de alguno derecho concreto. Junto a estos *límites externos expresos*, el TC ha reconocido reiteradamente la existencia de otros límites al ejercicio de los derechos, que, aunque no se encuentran previstos de manera expresa, vienen impuestos por la propia lógica del ejercicio de derechos y del ordenamiento. LÓPEZ GARRIDO/MARTÍNEZ ALARCÓN, en: LÓPEZ GARRIDO (Dir.), *Lecciones de Derecho constitucional*, 2ª ed., Vol. II, 2022, pág. 42, indican que los *límites* se desprenden, bien del propio texto constitucional (*límites internos*), bien de la decisión del poder público habilitado constitucionalmente para imponer *límites* que ha decidido hacer uso de dicha facultad (entonces hablamos de *límites externos* o *límites en sentido propio*). AGUIAR DE LUQUE, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°14, 1993, pág. 10, aunque en un trabajo más antiguo, en el que ponía de manifiesto la falta de literatura jurídica en la materia, entiende la noción de *límites* en un sentido muy general y omnicompreensivo para aludir a toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos. No obstante, dicho concepto general comprende nociones jurídicas que más tarde habrá que distinguir como *restricción*, *límites al ejercicio*, *regulación* o *concretización legislativa* o *suspensión de derechos*. ALEX, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2014, págs. 244-257, se refiere a *restricciones* a los derechos fundamentales, como aquellas normas que restringen las posiciones *prima facie* de derecho fundamental. Dentro de ellas, diferencia entre las *restricciones directamente constitucionales* y entre las *indirectamente constitucionales*. SOTTIAUX, *Terrorism and the Limitation of Rights: The ECHR and the US Constitution*, 2008, pág. 37, por su parte, utiliza el término *limitación* en su sentido más amplio, para evitar confusiones semánticas. Así, con él, se refiere tanto a la definición del ámbito de protección de un derecho fundamental, como a las restricciones derivadas de la de la consideración de los intereses públicos e individuales contrapuestos una vez que se ha establecido su alcance.

Así pues, en relación con el contenido de los derechos fundamentales y del significado de sus límites pugnan dos grandes corrientes doctrinales⁴². Se ha desarrollado, por un lado, la llamada teoría estricta del contenido de los derechos fundamentales, que encara el problema de la articulación de los derechos y bienes constitucionalmente protegidos entre sí en términos de “delimitación” del contenido del derecho fundamental, no de “límites” (por lo que su visión con respecto a los límites suele denominarse también “teoría interna de los límites”⁴³). Los autores⁴⁴ que defienden esto último únicamente entienden como verdaderos límites aquellos casos en los que la CE apodera al legislador para restringir la titularidad o el ejercicio de un derecho ya definido con carácter general⁴⁵ o los casos en los que la propia CE prevé una privación o supresión singular del derecho fundamental de determinada persona⁴⁶, todo lo demás, se reduce a un problema de delimitación de los contornos de los derechos.

En contraposición con lo recién expresado se encuentra la concepción amplia del contenido de los derechos fundamentales, que agrupa a la doctrina mayoritaria⁴⁷ y que aquí se sigue. Esta teoría mantiene separado el contenido de los derechos de sus límites (lo que obedece a una “teoría externa de los límites”⁴⁸), y ve en los derechos un inicial ámbito de protección amplio, que deberá reputarse definitivo tras sopesar las circunstancias jurídicas y fácticas del caso a resolver⁴⁹. Lo vemos más detenidamente.

A los efectos de este trabajo, la terminología que utilizaré es la siguiente. Las características o extremos que desde la CE definen los contornos de un derecho o completan su indeterminación, para evitar equívocos, no son considerados límites (alguna

⁴² Vuelvo a señalar que mi exposición en este epígrafe puede resultar reduccionista, pues, como por ejemplo señala BRAGE CAMAZANO, *Los límites*, 2004, pág. 256, hay más teorías, pues caben siempre concepciones intermedias o concepciones amplias respecto a un derecho fundamental y estrechas, o más estrechas, respecto de otro.

⁴³ Una diferenciación de ambas doctrinas: BOROWSKI, *REDC*, N°59, 2000, págs. 31-33.

⁴⁴ DE OTTO Y PARDO, en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER/DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, 1988, pág. 135; JIMÉNEZ CAMPO, en: ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios*, 1996, págs. 456-463.

⁴⁵ JIMÉNEZ CAMPO, en: ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios*, 1996, pág. 458, cita los arts. 28.1 y art. 55 CE.

⁴⁶ Ídem, cita los arts. 17.1, 18.2 y 3, 20.5, 21.2, 22.4 y 30.3 CE.

⁴⁷ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *REP*, N°71, 1991, págs. 97 y ss.; MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa*, 1996, págs. 61 y ss.; BOROWSKI, *REDC*, N°59, 2000, pág. 30; PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, págs. 220-224; BRAGE CAMAZANO, *Los límites*, 2004, págs. 80-81; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2014, págs. 281 y ss.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema*, 5ª ed., 2021, págs. 105-108; NARANJO DE LA CRUZ, en: VARIOS AUTORES, *Manual de Derecho Constitucional*, 12ª ed., 2021, págs. 437 y ss. Por supuesto, cada uno de estos autores ofrecen matizaciones y visiones distintas de ciertos aspectos dentro de la teoría amplia del contenido de los derechos.

⁴⁸ De nuevo: BOROWSKI, *REDC*, N°59, 2000, págs. 31-33.

⁴⁹ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, págs. 136-137.

doctrina se refiere a ellos como “límites internos”⁵⁰), sino delimitaciones⁵¹ o contornos constitucionales del derecho fundamental. Al hablar de límites, me refiero a las circunstancias que disminuyen o restringen el ámbito de ejercicio o de aplicabilidad de un derecho. Ejemplos: el art. 20.1 d) CE consagra el derecho a recibir y comunicar información *veraz*, por lo que la información que no reúna la característica de la veracidad no estará cubierta por el derecho fundamental a la información; o el art. 21 CE, que recoge el derecho de reunión *pacífica y sin armas*, por lo que una reunión no pacífica o armada, no entrará dentro del contenido ya fijado constitucionalmente. Como se observa, los datos que ya el propio texto constitucional proporciona hacen que estos extremos no constituyan límites a estos derechos, sino una descripción de lo que entra o no dentro del ámbito inicialmente protegido de los mismos, es decir, los delimita⁵². Ahora bien, la distinción entre delimitación y limitación no es en absoluto tarea sencilla⁵³, pues el texto constitucional casi nunca es tan claro como en los ejemplos descritos, y lo usual será que el contenido del derecho haya de discernirse en pasos posteriores.

En cuanto a los denominados límites, en primer lugar, pueden mencionarse los llamados genéricos, derivados de lo establecido en el art. 10.1 CE⁵⁴; y, en segundo lugar,

⁵⁰ La denominación de “límites internos” (que utilizan, por ejemplo, LÓPEZ GARRIDO/MARTÍNEZ ALARCÓN, en: LÓPEZ GARRIDO (Dir.), *Lecciones de Derecho constitucional*, 2ª ed., Vol. II, 2022, pág. 42; o PÉREZ TREMP, en: LÓPEZ GUERRA/ESPÍN TEMPLADO/GARCÍA MORILLO/PÉREZ TREMP/SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, *Derecho constitucional*, 2018, págs. 139-140) produce a mi juicio confusión conceptual (y teórica), pues puede confundirse con las llamadas “teorías internas de los límites” que menciona BOROWSKI, *REDC*, N°59, 2000, págs. 31-33, que serían aquéllas que sostienen que los derechos no son limitables, pues existe desde un inicio el derecho con su contenido determinado, lo que los autores mencionados no defienden, pues después reconocen la existencia de “límites externos”. Otras explicaciones sobre las teorías externas e internas de los límites pueden verse en: PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, págs. 220-224; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, págs. 137-138 y 147-150.

⁵¹ Término que utilizo pero que no debe confundirse con el utilizado por los defensores de una teoría estricta del contenido de los derechos.

⁵² Mi distinción coincide prácticamente con la realizada por BRAGE CAMAZANO, *Los límites*, 2004, pág. 82, que señala que la delimitación del derecho fundamental se refiere a la tarea por la que se fija el contenido inicialmente protegido por el derecho fundamental, sus linderos, fuera de los cuales cualquier conducta no estará amparada, ya de principio, por el derecho, linderos que en ningún caso hay que confundir con los límites del derecho, que serán siempre externos.

⁵³ PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, págs. 154-156; UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante de los derechos*, 2002, pág. 138, n.p. 185; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema*, 5ª ed., 2021, pág. 105.

⁵⁴ El art. 10.1 CE consagra la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social. También se reconoce en los textos internacionales: el art. 1 DUDH, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en libertad y derechos”; el Preámbulo del PIDCP asume que, “conforme a los principios enunciados en la Carta, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”; la CDFUE consagra en su primer artículo que “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. La Constitución alemana, le otorga una posición preeminente en el

los límites específicos o contenidos en los propios preceptos constitucionales reconocedores de derechos⁵⁵. Cabe mencionar también la existencia de otros límites derivados de bienes o valores constitucionalmente reconocidos⁵⁶. El CEDH contiene igualmente previsiones limitadoras de este tipo: se prevén específicamente en algunos artículos y deben estar previstas legalmente y ser necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o moral pública, o la protección de los derechos y deberes de los demás.

Acertadamente manifiesta PRIETO SANCHÍS que desde la CE sabemos cuáles son los derechos y (con mayor dificultad) cuáles son sus límites, pero ello no permite responder de forma exhaustiva y concluyente a la cuestión de qué conductas caen del lado de los derechos o del lado de los límites; es más, en el plano de los enunciados constitucionales, o antes de su interpretación, es perfectamente verosímil afirmar que una acción forma parte de ambas esferas, esto es, presenta propiedades adscribibles tanto al

texto constitucional, y dispone en su art. 1.1 que “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. Según la jurisprudencia constitucional española, “la dignidad de la persona obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7). *Se erige como un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular (...) los derechos y libertades (...), y que el grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, (...) siguiendo para ello la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).*

⁵⁵ Por ejemplo: art. 16.1: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”; art. 17.1: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”; art. 18.2: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”; art. 18.3: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”; art. 19: “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”; art. 20.4: “Estas libertades [expresión, producción y creación literaria, artística, científica y técnica, libertad de cátedra e información] tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”; art. 20.5: “Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”; art. 21.2: “En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”; art. 22.4: “Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

⁵⁶ El TC ha reconocido su existencia en reiteradas ocasiones. Por ejemplo, en la ya citada STC 2/1982, de 29 de enero (FJ 5), o en la STC 120/1990, de 27 de junio: “conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia CE expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales”.

ámbito del derecho como al ámbito de su límite⁵⁷. En otras palabras, todo comportamiento o posición individual que presente al menos una propiedad subsumible en el supuesto de hecho, debe ser considerado, en principio, como una manifestación específica del derecho fundamental. Cabe subrayar de nuevo la expresión “en principio” (*prima facie*), pues lo que acabo de exponer no significa que las conductas antes comentadas o cualesquiera otras hayan de gozar “en definitiva” de tutela jurídica. Esto sería absurdo y conduciría a la propia destrucción del sistema de libertades: significa únicamente que el problema debe ser tratado como un conflicto entre bienes constitucionales, más concretamente, como un conflicto entre unas razones que abogan a favor de la libertad individual y otras que lo hacen a favor de su restricción⁵⁸.

Aclara esta cuestión plásticamente NARANJO DE LA CRUZ. La importancia de conocer la estructura interna de los derechos fundamentales estriba en que solo a través de su conocimiento puede saberse hasta dónde alcanza un derecho fundamental, cuándo puede ser legítimamente limitado y cuándo se ha producido, por el contrario, su violación. Para describir esta estructura interna de los derechos fundamentales, el autor diferencia entre tres espacios distintos a modo de círculos concéntricos, que se corresponderían respectivamente, desde dentro hacia afuera, contenido esencial, los límites y la delimitación de los derechos⁵⁹.

Para concluir la cuestión de la limitación y la delimitación de los derechos, traigo a colación una reflexión de GARAT que me parece valiosa. La autora entiende la delimitación y la limitación, no como un mismo fenómeno, sino como dos etapas diferenciadas, y, muchas veces, concatenadas, que deberán servir de guía en la solución del caso concreto. Concibe la delimitación como un análisis necesario, una etapa previa e ineludible en el proceso de aplicación de los derechos a un determinado caso, pero sin excluir la posibilidad de imponer límites, pues el problema no se agota con la operación delimitadora. Y es que las cuestiones relativas a la aplicación de los derechos se reducirían, entonces, a una mera labor de determinación de su contenido, no de imposición de límites a su ámbito de protección, no estando por tanto sujeta a los requisitos de validez que pesan sobre estos últimos. La delimitación es, pues, un aspecto

⁵⁷ PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, págs. 223-224.

⁵⁸ PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, págs. 247-248, siguiendo a ALEXYS, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2014, págs. 281 y ss.

⁵⁹ NARANJO DE LA CRUZ, en: VARIOS AUTORES, *Manual de Derecho Constitucional*, 12ª ed., 2021, pág. 437.

que no es posible evitar y cuya correcta realización puede, incluso, ahorrar ciertos conflictos. No obstante, y para los supuestos en los que la delimitación no resuelva la yuxtaposición normativa, o bien si la restricción es constitucionalmente posible, han de ser otras herramientas las que permitan arribar a la solución del caso⁶⁰.

Finalmente, relacionadas con los límites, aunque dentro de una categoría jurídico constitucional distinta, se encuentran las previsiones contenidas en el Capítulo V del Título I, bajo la rúbrica “De la suspensión de los derechos y libertades”. De hecho, las instituciones de suspensión se enmarcan más bien dentro de los mecanismos de “defensa de la Constitución” que dentro de la teoría general de los derechos fundamentales⁶¹. La suspensión de los derechos fundamentales se conecta tradicionalmente con las situaciones de excepción o de amenaza para “la vida del Estado”⁶², para “la existencia misma de la organización estatal”⁶³ o para “la misma existencia de la CE o la de la propia comunidad”⁶⁴, y está vinculada a las declaraciones de estados de excepción o sitio (arts. 55.1 y 116 de la CE y la LOEAES). Pero en España, junto a esas figuras tradicionales, el único artículo que conforma el Capítulo V del Título I de la CE (art. 55) instituye la llamada suspensión “individualizada” de derechos para las investigaciones correspondientes a la actuación de *bandas armadas o elementos terroristas* (art. 55.2), de especial importancia para esta obra⁶⁵. Otros instrumentos internacionales de derechos humanos también prevén derogaciones de sus disposiciones para situaciones específicas y excepcionales. Así, el art. 4 PIDCP o el CEDH, que dispone en su art. 15 una derogación general de los derechos del Convenio (con algunas salvedades), que se ha utilizado en situaciones relacionadas con el terrorismo, por lo que también será tratado más adelante. A pesar de que se trata de instituciones jurídicas relacionadas con situaciones excepcionales, en la práctica no dejan de ser limitaciones de derechos que deberían cumplir con las exigencias constitucionales de cara a su implementación⁶⁶. Veremos en

⁶⁰ GARAT, *Los derechos fundamentales ante el orden público*, Tesis doctoral inédita, 2019, págs. 31-32.

⁶¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema*, 5ª ed., 2021, pág. 122.

⁶² PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, pág. 248.

⁶³ MUÑOZ ARNAU, *Los límites*, 1998, pág. 116.

⁶⁴ REQUEJO RODRÍGUEZ, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, pág. 1521.

⁶⁵ Extensamente *infra*: El art. 55.2 y la constitucionalización de la excepción en materia de terrorismo en España.

⁶⁶ En este sentido: RODRÍGUEZ RUIZ, en: VOLCANSEK/STACK, *Courts and terrorism*, 2011, págs. 187 y ss.; GARAT, *Los derechos fundamentales ante el orden público*, Tesis doctoral inédita, 2019, págs. 220-221.

qué medida y con qué alcance permite la habilitación constitucional la suspensión de derechos en supuestos de terrorismo, y si el legislador respeta sus requerimientos o los sobrepasa.

2.1. ¿Qué características deben tener las limitaciones de derechos fundamentales?

En primer lugar, la limitación de derechos fundamentales debe ser una práctica excepcional e interpretarse de forma restrictiva y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos⁶⁷. Estas reglas de interpretación se derivan de la propia finalidad del orden constitucional, que es la garantía de la libertad⁶⁸ y de su posición en el ordenamiento como elementos estructurales y centrales. Según el alto intérprete de la CE, “los derechos fundamentales adquieren una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones”⁶⁹. Se impone, además, la exigencia de justificación de toda medida limitativa de derechos fundamentales⁷⁰, principio que ha consagrado el TC desde temprana jurisprudencia⁷¹.

El TC ha resumido lo que debe respetar el legislador (único poder encargado de la imposición de límites⁷²) a la hora de proceder a las limitaciones del siguiente modo: los derechos fundamentales reconocidos por la CE solo pueden ceder ante los límites que la propia CE expresamente imponga o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos; las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir

⁶⁷ STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6.

⁶⁸ LÓPEZ GARRIDO/MARTÍNEZ ALARCÓN, en: LÓPEZ GARRIDO (Dir.), *Lecciones de Derecho constitucional*, 2ª ed., Vol. II, 2022, págs. 42-43. En el mismo sentido: LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, pág. 47.

⁶⁹ STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2.

⁷⁰ AGUIAR DE LUQUE, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº14, 1993, págs. 25 y 27 y ss.; FERNÁNDEZ SEGADO, *REDC*, Nº39, 1993, págs. 243-244; BRAGE CAMAZANO, *Los límites*, 2004, págs. 80-81; PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, págs. 230-249. Este último autor pone de manifiesto que esta exigencia podría haberse anclado en la previsión constitucional de la “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” del art. 9.3 CE (págs. 238-239).

⁷¹ STC 62/1981, de 15 de octubre, FJ 3: “Dado el valor central que tienen los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico, toda restricción a los mismos ha de estar justificada”.

⁷² El art. 53.1 CE dispone que “Solo por ley (...) podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”, y, si se trata de derechos fundamentales previstos en el art. 14 CE o en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, el art. 81.1 CE impone la utilización de ley orgánica.

el derecho fundamental más allá de lo razonable; todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido, ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone; y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial⁷³.

Ello significa que, al igual que los derechos no son absolutos, tampoco lo son los límites a los que pueden ser sometidos⁷⁴. Así pues, se identifica lo que la doctrina ha denominado como “límites de los límites”⁷⁵, que precisamente, valga la redundancia, limitan la capacidad limitadora del legislador⁷⁶. No es pacífico en la doctrina qué elementos integran estos límites de los límites, aunque generalmente se entiende que son la garantía del contenido esencial y el principio de proporcionalidad⁷⁷.

Todo ello, eso sí, debe armonizarse con el propio margen de libertad de configuración política que corresponde al legislador en el establecimiento de los límites de los derechos, pues, por más que sea obligatorio que los límites de los derechos tengan un anclaje constitucional, ya se ha puesto de manifiesto que la CE no proporciona una ordenación de estos cierta, fija e inamovible⁷⁸.

⁷³ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6. También en su STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4: “la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades (...) solo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”.

⁷⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, *REDC*, N°39, 1993, pág. 236; AGUIAR DE LUQUE, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°14, 1993, pág. 25.

⁷⁵ Denominación de origen alemán “*Schranken-schranken*”.

⁷⁶ AGUIAR DE LUQUE, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°14, 1993, pág. 25, los describe como sigue: “con la expresión ‘límites de los límites’ se conoce el conjunto de institutos que, en cuanto requisitos formales y materiales para las leyes restrictivas de los derechos y libertades, operan a modo de límites de la capacidad limitadora del legislador en dicha materia”.

⁷⁷ Para otro sector de la doctrina, en concreto para los defensores de concepciones doctrinales estrictas acerca del contenido de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad no forma parte de los límites de los límites. JIMÉNEZ CAMPO, en: ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios*, 1996, págs. 479 y 484 y ss., por ejemplo, entiende que el principio de proporcionalidad como proyección autónoma es inconciliable con la libertad de configuración del legislador, y enumera como límites de los límites el respeto al contenido esencial y el principio de igualdad. Y en otro extremo doctrinal se encuentran las tesis sostenidas por la doctrina que caracteriza al principio de proporcionalidad como criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos (por ejemplo, BERNAL PULIDO o ALEXY).

⁷⁸ MEDINA GUERRERO, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, pág. 1465.

2.1.1. El respeto al contenido esencial

La CE ofrece expresamente un límite a la actuación de los poderes públicos (especialmente a la actuación del legislador) en su art. 53.1: la cláusula del respeto al contenido esencial del derecho sometido a limitación. Este precepto sigue el modelo alemán, que prevé la misma figura en el art. 19.2 de la *Grundgesetz*. A pesar de que se trata de un aspecto previsto en la propia CE, su significado dista de ser claro, lo que ha hecho correr ríos de tinta tanto en España como en Alemania.

Ante la interpretación del contenido esencial de los derechos fundamentales existen *grosso modo*, de nuevo, dos posiciones. Primero, las llamadas teorías relativas, y, segundo, las absolutas. La teoría relativa identifica el contenido esencial con la exigencia de justificación de la medida limitadora: el contenido esencial de un derecho sería aquella parte del derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima, lo que en hipótesis podría conducir al sacrificio completo del derecho si la protección de algún bien constitucional en conflicto así lo recomendase. La teoría absoluta sostiene la existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso, es decir, aun cuando concurriesen razones justificativas de su limitación: el contenido esencial sería así una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate⁷⁹.

Estas dos posturas, sin embargo, tienen matices, y tampoco se decanta nuestro TC puramente por una de ellas. Por ello, se dice que algunos autores han desarrollado teorías mixtas o intermedias, que conjugan elementos de las anteriormente descritas.

En Alemania, hay quien que, como HÄBERLE, defiende una postura intermedia. Aunque parte de una concepción esencialmente relativa del contenido esencial, compatibiliza esta con una concepción absoluta, pues entiende que el contenido esencial se determinaría con la ponderación, pero su resultado es absoluto y sustantivo. Así, para él, las citadas teorías no son necesariamente excluyentes entre sí, y formula un “modelo de equilibrio”. De acuerdo con la teoría del autor alemán, el contenido esencial se determinaría a través del principio de equilibrio con otros bienes de igual o superior rango,

⁷⁹ Sobre estas dos posiciones, pueden verse: PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, págs. 230-237; BRAGE CAMAZANO, *Los límites*, 2004, págs. 396 y ss.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema*, 5ª ed., 2021, págs. 111-114; o LÓPEZ GARRIDO/MARTÍNEZ ALARCÓN, en: LÓPEZ GARRIDO (Dir.), *Lecciones de Derecho constitucional*, 2ª ed., Vol. II, 2022, págs. 46-49.

y su resultado sería el “campo absolutamente tutelado de los derechos fundamentales, o bien es aquello que debe quedar de un derecho fundamental”⁸⁰.

En España, MEDINA GUERRERO también defiende una postura mixta, que gira en torno a la existencia de dos zonas del derecho: una central, absolutamente intangible para el legislador (el contenido esencial); y otra externa, el “contenido inicialmente protegido” dado que sus integrantes, de carácter claudicante, pueden ser sacrificados por el legislador al objeto de preservar otros derechos o bienes constitucionales siempre que el límite sea proporcionado (“el contenido normal” en la terminología del TC). Así, para el autor, el contenido esencial no es lo que queda tras la ponderación, sino que encarna el límite de todo límite, aquello que no se puede vulnerar incluso aplicando el principio de proporcionalidad⁸¹.

PRIETO SANCHÍS, por su parte, en antiguos trabajos, parecía seguir una visión más absoluta del contenido esencial, al denominar este como “concepto o valor absoluto”⁸². En trabajos posteriores, tras enunciar las dos teorías tradicionales y algunas críticas a estas, parece que relativiza su postura y denomina la conjunción de ambas con el nombre de “teoría de la doble barrera protectora”⁸³, que implicaría que “toda limitación debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultaría ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho”⁸⁴, pero ya no lo denomina “valor absoluto”. A pesar de lo anterior, el autor sigue señalando problemas de la cláusula del contenido esencial. Para él representa un concepto impredecible, en el sentido de que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo que de esencial tiene un derecho fundamental. Aun así, dice que la cláusula cumple dos funciones complementarias dentro del marco argumentativo de la limitación de derechos: en primer lugar, el respeto al contenido esencial es una razón más en favor de la ponderación que, en condiciones normales, permite ahorrar una parte de la argumentación cuando nos hallamos ante intervenciones patente y especialmente lesivas del contenido de un derecho; y segundo, una función autónoma de la ponderación, que es precisamente no cerrar nunca por completo el paso a esta última en sede de aplicación

⁸⁰ HÄBERLE, *La garantía*, 2003, págs. 65-67; HÄBERLE, *La libertad*, 2003, págs. 95-118.

⁸¹ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa*, 1996, pág. 170.

⁸² PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, págs. 148-149.

⁸³ PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, págs. 233-234.

⁸⁴ PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, pág. 148; también en PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, págs. 233-234.

judicial de los principios y derechos constitucionales, lo que encarnaría una función independiente y en cierto modo también negativa, pues el contenido esencial no proporciona algo así como un dibujo definitivo del derecho con todas sus facultades intocables, pero sí permite mostrar que ciertas intervenciones legales pueden desvirtuarlo en su esencia constitucional⁸⁵.

Como ya se ha señalado anteriormente, la CE no fija los elementos que constituyen el contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales. En uno de sus primeros pronunciamientos (STC 11/1981, de 8 de abril), el TC aportó una doble definición de la categoría del “contenido esencial”. En primer lugar, lo definió como “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por así decirlo”. En segundo lugar, lo identificó con “tratar de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos; aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. Continúa, señalando que “los dos caminos propuestos para la definición no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios”. Ahora bien, estos dos caminos, como manifiesta NARANJO DE LA CRUZ, en la medida en que no pasan de ser indicaciones abstractas que precisan de concreción, dejan claro que corresponde al TC señalar definitivamente dónde radica el contenido esencial de cada derecho. Esta tarea, sin embargo, difícilmente puede llevarse a cabo de manera abstracta con pretensión de exhaustividad, por lo que su plena operatividad requiere más bien su empleo con ocasión de los casos concretos a resolver, y de manera abierta a su permanente actualización y matización⁸⁶.

⁸⁵ PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, págs. 236-237.

⁸⁶ NARANJO DE LA CRUZ, en: VARIOS AUTORES, *Manual de Derecho Constitucional*, 12ª ed., 2021, pág. 442.

Parece que lo que el TC ha descrito como contenido esencial del derecho fundamental responde implícitamente a una teoría absoluta⁸⁷. Sin embargo, la jurisprudencia del TC ha reflejado la dificultad que existe para concretar cuáles son los elementos constitutivos del derecho que se mantendrían inmutables con independencia del caso concreto planteado, y ha matizado esta teoría absoluta a través de la exigencia de proporcionalidad y de justificación de las limitaciones de los derechos fundamentales⁸⁸, tal y como proponen las teorías relativas. Por ejemplo, cuando expresa: “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de estar normativamente fundado y suficientemente motivado, ha de asegurar que las medidas limitadoras sean ‘necesarias para conseguir el fin perseguido’ y ha de atender a la ‘proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone’ y, en todo caso, respetar su contenido esencial”⁸⁹; la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades (...) solo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”⁹⁰. Para alguna doctrina, sin embargo, la posición del TC responde puramente a una concepción relativa⁹¹.

2.1.2. El principio de proporcionalidad como límite al legislador

El principio de proporcionalidad encarna el segundo de los instrumentos que utiliza el TC para controlar al legislador limitador de los derechos fundamentales⁹² y para medir la justificación de la medida limitadora.

⁸⁷ Lo mismo destaca ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2014, págs. 259 y ss., de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.

⁸⁸ PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, págs. 235-236; ÁLVAREZ CONDE/TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, 10ª ed., 2021, págs. 549-550; LÓPEZ GARRIDO/MARTÍNEZ ALARCÓN, en: LÓPEZ GARRIDO (Dir.), *Lecciones de Derecho constitucional*, 2ª ed., Vol. II, 2022, págs. 46-49.

⁸⁹ STC 137/1990, de 19 de julio, FJ 6, citando muchas otras.

⁹⁰ STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4.

⁹¹ BRAGE CAMAZANO, *Los límites*, 2004, págs. 399 y ss.

⁹² MEDINA GUERRERO, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, págs. 1467.

El principio de proporcionalidad no aparece como tal expresamente recogido en la CE ni en el CEDH⁹³, y su origen y desarrollo es jurisprudencial y doctrinal. Hunde sus orígenes en Alemania, aunque la Ley Fundamental de Bonn tampoco lo reconoce de forma expresa⁹⁴. Se ha desarrollado por distintas ramas del Derecho, por ejemplo, en Derecho administrativo, en Derecho penal o en los Derechos constitucional e internacional (en el ámbito de los derechos fundamentales).

En España, además de encarnar un importante principio en distintas ramas del Derecho, representa una vía esencial en el sistema constitucional para conducir el examen de constitucionalidad de medidas que suponen una intervención en derechos fundamentales⁹⁵, pues ese es el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable dicho principio⁹⁶. Para este trabajo, entonces, el principio es relevante desde dos perspectivas o para el tratamiento de dos cuestiones: en primer lugar, aquí, como mecanismo para analizar las limitaciones de derechos fundamentales; y, más tarde, como principio limitador del *ius puniendi* (y que, por supuesto, también opera como mecanismo para situaciones en las que se dirime la falta de proporcionalidad penal). Obviamente, se está hablando del mismo principio, aunque desde diferentes facetas o dimensiones.

El TC español ha recibido el principio (como también lo han hecho otros tribunales como el TEDH o el TJUE), y lo ha derivado de varios preceptos constitucionales. Así, del art. 1.1 CE, lo ha derivado del valor justicia⁹⁷ y del principio del Estado de Derecho⁹⁸; del art. 9.3 y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes

⁹³ Si aparece expresamente, por ejemplo, en el art. 52.1 de la CDFUE: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del *respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*” (cursivas añadidas).

⁹⁴ El TC alemán reconoció expresamente en 1968 la “prohibición de exceso” (*Übermaßverbot*) y el “principio de proporcionalidad” (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*). Suele aludirse generalmente al principio de prohibición de exceso y no tanto al principio de proporcionalidad, pues se entiende que el primero, de contenido más amplio, incluiría al segundo.

⁹⁵ LOPERA MESA, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA (Coord.), *Constitución y principios del Derecho penal*, 2010, pág. 108.

⁹⁶ STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3.

⁹⁷ STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6; STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7.

⁹⁸ STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6.

públicos⁹⁹; o de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10 CE¹⁰⁰; fundamentaciones todas ellas, compatibles entre sí¹⁰¹.

El principio de proporcionalidad integra a su vez tres elementos o subprincipios. Estos elementos provienen del considerado test o canon de proporcionalidad alemán, integrado en la praxis del TC español.

El primero de los elementos es el de la idoneidad o adecuación; el segundo se refiere a la necesidad; y, por último, se encuentra el de proporcionalidad en sentido estricto. Para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso, a estos tres elementos hay que añadir lo que el TC ha llamado *prius* lógico, que consistiría en precisar en primer término cuál es el bien jurídico protegido por la norma cuestionada, o, mejor, cuáles son los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma¹⁰² (pues, como señala PRIETO SANCHÍS, si no existe tal fin y la actuación legal es gratuita, o si resulta ilegítimo desde una perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación¹⁰³).

En primer lugar, la idoneidad (o adecuación) implica discernir si la medida es realmente eficaz para cumplir con la finalidad para la que se creó la norma. El segundo de los subprincipios, el de necesidad, requiere que no exista otro medio menos restrictivo para preservar un determinado derecho o bien constitucional. Ese medio menos restrictivo, no basta con que sea menos gravoso, sino que, además, debe tener la misma eficacia. Y, por último, se reconoce que existe proporcionalidad en sentido estricto si de la medida derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto¹⁰⁴.

Ahora bien, debe advertirse que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Opera esencialmente como un criterio de interpretación que

⁹⁹ STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 3; STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7.

¹⁰⁰ STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6.

¹⁰¹ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, pág. 71.

¹⁰² STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7.

¹⁰³ PRIETO SANCHÍS, *Pensamiento Constitucional Año VIII*, N°8, 2002, pág. 78.

¹⁰⁴ Un desarrollo de estos elementos puede verse en: GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2003, págs. 121-141; MEDINA GUERRERO, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, págs. 1467-1471.

permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida afecta esta al contenido de los preceptos constitucionales invocados, y solo cuando la desproporción suponga la vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad¹⁰⁵.

II. Los derechos fundamentales y el Derecho penal

La existencia de una estrecha relación entre los derechos fundamentales y el Derecho penal es una afirmación incuestionable.

MIR PUIG pone de manifiesto que el Derecho penal sirve como instrumento de defensa ante agresiones a derechos fundamentales; si bien a su vez, supone la injerencia en derechos fundamentales de los que delinquen. Así, la gran paradoja del Derecho penal, la que lo hace *radicalmente problemático*, es que constituye un intento de proteger derechos fundamentales mediante la *lesión*¹⁰⁶ de otros derechos fundamentales¹⁰⁷. BÖSE, por su parte, formula a este respecto que todo tipo penal *atenta*¹⁰⁸ desde más de un punto de vista contra los derechos fundamentales del individuo: por un lado, la prohibición o mandato de actuar supone una injerencia en la libertad del destinatario de la norma de comportarse de manera distinta; y, por otro, la pena que se impone por la infracción culpable de esa norma de conducta afecta a la libertad personal¹⁰⁹. Entiendo y comparto el sentido de estas aseveraciones, aunque no la terminología utilizada, pues más que “lesionar” o “atentar” contra derechos fundamentales, debería hablarse de una limitación¹¹⁰ de los mismos por parte de la norma penal, que, como ya se ha visto, debe

¹⁰⁵ STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3.

¹⁰⁶ Cursivas añadidas.

¹⁰⁷ MIR PUIG, en: BERISTAIN IPIÑA/DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los derechos humanos ante la criminología y el Derecho penal*, 1985, pág. 463.

¹⁰⁸ Cursivas añadidas.

¹⁰⁹ BÖSE, en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (Ed.), *La teoría*, 2007, pág. 131. En otros lugares de su trabajo utiliza el término “intrusión” o “limitación”.

¹¹⁰ Otras terminologías también son aceptables. Así, PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, pág. 295, se refiere a “afectación” o “limitación”: “toda pena debe considerarse como una afectación de derechos fundamentales, (...) y porque el propio tipo penal, en la medida en que sea o pueda concebirse como un límite al ejercicio de derechos, constituye también una forma de afectación de los mismos”; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal PG*, 8ª ed., 2010, pág. 89, se refieren a la “afectación” de derechos fundamentales al señalar que los códigos penales se convierten en un catálogo de prohibiciones de conductas que pueden lesionar derechos y libertades fundamentales (de este modo se tipifican los delitos contra la vida, contra la integridad corporal, contra la libertad, contra el honor, etc., cuya esencia consiste precisamente en lesionar estos derechos fundamentales); si bien a su vez, también las penas y sanciones penales aplicables a los autores *afectan* a sus derechos y libertades fundamentales; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, págs. 278-279, se refiere

respetar el contenido esencial, estar justificada y ser proporcionada¹¹¹. Si la intervención legislativa o una aplicación de esta no cumpliera los citados requisitos, entonces sí podría hablarse de lesión, violación o de un atentado a los derechos fundamentales¹¹². Lo que sí cabe reconocer es que el Derecho penal, por ser la respuesta más grave que ofrece el ordenamiento jurídico, puede ser el instrumento potencialmente más idóneo para lesionar o vulnerar derechos fundamentales¹¹³. Por lo demás, que las normas penales, en la medida que prohíben y sancionan conductas, limitan la libertad del individuo, es una cuestión aceptada por la doctrina¹¹⁴.

En relación con lo anterior, traigo a colación una cuestión que adelanté en la parte sobre teoría de los derechos fundamentales, esta vez, aplicada al Derecho penal. Manifiesta LOPERA MESA que en ocasiones es el legislador penal quien niega protección como derecho fundamental a una situación que *prima facie* forma parte de su contenido¹¹⁵. Señala lo mismo DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, pero, al poner un ejemplo,

a “restricción o intervención”, al decir que la actividad legislativa penal representa al mismo tiempo el establecimiento de prohibiciones o de mandatos que restringen la libertad del individuo de actuar o no actuar según su propia voluntad, y que tal restricción de posiciones de libertad puede suponer una intervención en derechos fundamentales; LAGODNY, en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (Ed.), *La teoría*, 2007, pág. 124, se refiere a “intromisiones” del Derecho penal en los derechos fundamentales: “por lo que respecta a la intromisión, hay que diferenciar entre la que tiene lugar mediante la directiva de conducta subyacente a toda norma penal y la que se produce por la norma sancionadora”; PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación*, 2013, págs. 54-55, que se refiere a la “interferencia”, a la “afectación” o a la “restricción” de derechos fundamentales: “las normas de derecho fundamental se ven afectadas siempre por las prohibiciones impuestas a través de las normas jurídico-penales: la conducta descrita en el tipo penal (y prohibida) puede ser una de las que la norma de derecho fundamental declara (conforme a una determinada interpretación de la misma) permitida. Y, en todo caso, aun si no fuese así, en constituciones de raigambre liberal se vería afectado el genérico derecho de libertad. En segundo lugar, las normas de derecho fundamental se ven afectadas siempre también por las sanciones contenidas en las normas penales”;

¹¹¹ PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, pág. 287, en este sentido señala que, si el catálogo de ilícitos penales puede considerarse una limitación de derechos, deberá, por tanto, ser sometida a las restricciones constitucionales anteriormente vistas.

¹¹² En este sentido es clara la distinción que realiza NARANJO DE LA CRUZ, en: VARIOS AUTORES, *Manual de Derecho Constitucional*, 12ª ed., 2021, pág. 440. Para el autor el empleo indistinto de los términos “límite”, “limitación” o “restricción”, por ejemplo, es correcto, pues obedecen a una misma realidad. Entonces, solo cabrá hablar de “lesión” o “vulneración” de derechos fundamentales cuando el límite impuesto a los mismos sea inconstitucional.

¹¹³ PRITTWITZ, en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN/MIR PUIG (Coord.), *La política criminal en Europa*, 2004, pág. 107.

¹¹⁴ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, 1999, pág. 43; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, págs. 278-279; BÖSE, en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (Ed.), *La teoría*, 2007, pág. 132; CUERDA ARNAU, *RGDP*, N°8, 2007, pág. 22; PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación*, 2013, pág. 55; ALONSO ÁLAMO, *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, 2014, pág. 53; ARROYO ZAPATERO, en: DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE (Coord.), *Curso PG*, 3ª ed., 2016, pág. 125; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal PG*, 11ª ed., 2022, pág. 95.

¹¹⁵ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, págs. 278-281. La autora pone varios ejemplos: la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia, prohibida por el art. 380 CP, y a la vez protegida *prima facie* en tanto manifestación del derecho a no declarar contra uno mismo (art. 24.2 CE); quien profiere expresiones deshonrosas contra el prójimo (art. 208 CP), imputa un delito a otro a sabiendas de su falsedad o con temerario desprecio a la verdad (art. 205 CP) o bien exhibe o difunde pornografía (art.

concretamente el del art. 510 CP (delito de odio), apunta a que ahí el legislador está introduciendo una genuina norma que delimita el contenido de la libertad de expresión (consideración esta última que da a entender que aquí el autor está siguiendo una posición teórica que concibe las prohibiciones establecidas por la ley penal no como una intervención o un límite que se impone *prima facie* como objeto de protección iusfundamental, sino como un límite inmanente o un ejercicio de configuración de los derechos fundamentales). Aunque frente a ello, dice, toda ley puede ser sometida a control de constitucionalidad¹¹⁶. En mi opinión, siguiendo lo formulado en el epígrafe anterior, el Derecho penal se configura como un límite externo al derecho fundamental, es decir, como una fijación de su alcance de acuerdo con exigencias de compatibilidad con otros bienes a proteger, pero no como una definición o delimitación del derecho fundamental¹¹⁷. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, en la misma dirección, plantea que existe algún caso en el que la ley penal sí actúa delimitando derechos. Sería en aquellos supuestos en los que la CE hace remisiones directas al Derecho penal, como por ejemplo las contenidas en los arts. 45, 46 o 55.2 CE¹¹⁸; o cuando hace reservas penales indirectas,

186 CP), a la vez que realiza acciones penalmente típicas, se mueve en terrenos protegidos *prima facie* por la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE); otras conductas prohibidas por el Derecho penal, como la manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo (art. 159 CP), la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana (art. 160.1 CP), la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación o la clonación de seres humanos (art. 160.2 CP), pueden adscribirse al ámbito inicial de protección de la libertad de creación científica y técnica (art. 20.1 b) CE); el tráfico de material pornográfico, (art. 186 CP), armas (566 CP) o drogas ilegales (art. 368 CP), estarían comprendidos *prima facie* dentro de la libertad de empresa (art. 38 CE); o las conductas constitutivas del delito de intrusismo (art. 403 CP), que serían expresión del derecho a la libre elección de oficio (art. 35.1 CE); etc. A mi juicio algunos de estos ejemplos son ciertamente exagerados, y no entrarían *prima facie* en los derechos fundamentales mencionados. Plantear este tipo de ejemplos tan extremos creo que solo suma argumentos a los detractores de una visión amplia del contenido de los derechos fundamentales. Después, la autora se pregunta qué ocurre con otras muchas conductas que suelen estar prohibidas por el Derecho penal y que no encuentran acomodo en los contornos semánticos de las disposiciones que acogen tipos específicos de derecho fundamental (conductas como matar, lesionar o coaccionar a otros, hurtar, etc.), pues, en tanto expresiones de la libertad humana, ¿pertenecen de algún modo al mundo de los derechos fundamentales o, por el contrario, carecen de toda relevancia en tal sentido? Para responder sobre ello, desarrolla la cuestión relativa a si cabe hablar de un derecho general de libertad que otorgue *prima facie* protección iusfundamental a “la libertad de hacer u omitir lo que uno quiera” (citando a ALEXY) y si un derecho tal está reconocido en el sistema jurídico español (págs. 281 y ss.).

¹¹⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema*, 5ª ed., 2021, pág. 108.

¹¹⁷ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, en: RUBIO LLORENTE/JIMÉNEZ CAMPO/SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA/BIGLINO CAMPOS/GÓMEZ MONTORO (Coord.), *La constitución política de España*, 2016, pág. 925.

¹¹⁸ Los arts. 45 y 46 CE (ubicados en los principios rectores de la política social y económica), contienen sendos mandatos expresos al legislador penal para que proteja, respectivamente, el medio ambiente y el patrimonio histórico, cultural y artístico. El art. 55.2 CE, en su inciso segundo, impone al legislador un mandato de penalización en el caso de que la suspensión de derechos para personas relacionadas con la investigación sobre la actuación de bandas armadas o elementos terroristas se utilice injustificada o abusivamente. A este último precepto dedico una parte de mi trabajo de investigación, por sus numerosas consecuencias en la legislación antiterrorista española.

que serían aquellas que utilizan en las cláusulas constitucionales expresiones para determinar el ámbito del derecho a que se refiere (por ejemplo, cuando se excluye del derecho de asociación el de pertenecer a una asociación ilícita, o cuando se contempla exclusivamente el derecho de reunión pacífica o sin armas). En estos casos contados, entonces, no estaríamos ante una limitación penal, sino ante una delimitación constitucional que el CP ha de reiterar o concretar¹¹⁹.

En este punto el TC no es claro, y alguna doctrina aprecia un cambio de criterio implícito¹²⁰. En algunas sentencias ha reconocido que no puede darse esa superposición de situaciones (conductas tipificadas pero que a su vez pueden entrar *prima facie* en el ejercicio de un derecho fundamental): “entonces, el instrumento penal solo será constitucionalmente lícito cuando pueda afirmarse que estamos solo frente a un *aparente* ejercicio de un derecho fundamental y que la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturaliza el ejercicio del derecho y se sitúa objetivamente, al margen del contenido propio del mismo, y, por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible”¹²¹: o “los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito”¹²² (si bien aquí, para el TC, “no estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido”¹²³). No obstante, en una resolución anterior, sí lo había reconocido: “no cabe excluir que el establecimiento de ciertos tipos penales o ciertas interpretaciones de los mismos pueda afectar a los citados derechos, siquiera sea indirectamente (...) el hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita y, por consiguiente, sin la protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos”¹²⁴. En mi opinión, no sé si en realidad es un cambio

¹¹⁹ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, en: RUBIO LLORENTE/JIMÉNEZ CAMPO/SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA/BIGLINO CAMPOS/GÓMEZ MONTORO (Coord.), *La constitución política de España*, 2016, págs. 926-927.

¹²⁰ PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, págs. 294-295; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, pág. 296, n.p. 83.

¹²¹ STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5.

¹²² STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5.

¹²³ STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2.

¹²⁴ STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20.

implícito de criterio o más bien se trata de la misma cuestión explicada de formas diferentes y refiriéndose a fases distintas en la argumentación.

Sea como fuere, obviamente, me estoy refiriendo únicamente a posiciones previas (*prima facie*). Estas, tras un análisis del derecho fundamental en cuestión y de la subsunción de los hechos en la norma penal y del estudio de los elementos del delito en cuestión, pueden excluir la protección definitiva del derecho y dar paso a la apreciación de la comisión del delito¹²⁵. Precisamente, esta visión, se dice, es la que confiere sentido a la eximente del art. 20.7º CP, que prevé el ejercicio legítimo de un derecho como causa de justificación que excluye la antijuridicidad¹²⁶.

El Derecho penal y los derechos fundamentales también se relacionan en virtud de la pena. Esto no plantea tantos problemas conceptuales como los expuestos en relación con la prohibición contenida en la norma penal y el ejercicio de derechos fundamentales, pues se entiende que la pena es una limitación de estos. Por supuesto, la relación entre pena y derechos fundamentales sí plantea otros problemas, y muchos, de otra índole: de proporcionalidad en su previsión, y otros tantos en su aplicación o en su ejecución.

Otra de las relaciones entre los derechos fundamentales y el Derecho penal es la representada por la función limitadora de los primeros al segundo, en el sentido de que el Derecho penal siempre deberá respetarlos. Ya se ha señalado en un plano general que los poderes públicos, y, esencialmente el legislador, se encuentran vinculados por los derechos fundamentales, tanto de forma positiva como negativa. Adaptada al Derecho penal, esta consideración significa que este no puede contradecir los derechos fundamentales, deviniendo inconstitucional la norma penal que así lo hiciera.

En conexión con ello y con las especialidades en materia interpretativa que presentan los citados derechos, los poderes públicos deberán guiar su actuación en la senda más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos¹²⁷, lo que debería servir al legislador como directriz político-criminal¹²⁸. Mientras que los tipos penales han de ser interpretados restrictivamente, los derechos fundamentales presentan, como ya se ha visto, un criterio hermenéutico inverso. Los tipos penales han de interpretarse

¹²⁵ PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, págs. 293-298; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, pág. 296.

¹²⁶ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, pág. 297. También: UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante de los derechos*, 2003, págs. 158-159.

¹²⁷ STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6.

¹²⁸ LAGODNY, en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (Ed.), *La teoría*, 2007, pág. 129.

restrictivamente porque, al ser limitativos de la libertad de los ciudadanos y de sus derechos fundamentales, la eficacia expansiva de estos así lo exige: el mismo principio *favor libertatis* que lleva a una interpretación amplia de las normas iusfundamentales es el que conduce, por el contrario, a una interpretación estricta de los tipos penales¹²⁹. Como bien sintetiza DEMETRIO CRESPO, “los límites a cualquier interpretación o/y justificación de la actuación del legislador se encuentran en el catálogo de derechos fundamentales de la CE, en virtud de los cuales habría que enfatizar que no cualquier Derecho penal es posible desde la perspectiva de la legitimidad constitucional”¹³⁰. Además del legislador, el resto de los poderes públicos también están vinculados por los derechos fundamentales, y no debe olvidarse que esos mismos derechos y la dignidad humana despliegan también su eficacia¹³¹ respecto del acusado o condenado.

Por otro lado, el Derecho penal también se relaciona con los derechos fundamentales en tanto que les otorga protección a través de sus funciones, en primer lugar, a partir de la función de prevención, y, en segundo lugar, mediante la de protección de bienes jurídicos sirviéndose de la teoría del bien jurídico¹³². Así lo ha reconocido el mismo TC, cuando tempranamente manifestó la posibilidad que tiene el legislador de proteger penalmente los derechos fundamentales¹³³. Por supuesto, no todos los bienes jurídico penales protegidos tienen la consideración de derechos fundamentales, pues también se protegen penalmente otros bienes jurídicos que no tienen ese carácter¹³⁴. Esto

¹²⁹ BRAGE CAMAZANO, *Los límites*, 2004, pág. 252.

¹³⁰ DEMETRIO CRESPO, *Libertas*, N°1, 2013, pág. 67.

¹³¹ TERRADILLOS BASOCO, en: CAPELLA HERNÁNDEZ (Coord.), *Las sombras*, 2003, pág. 356.

¹³² Señala lo mismo HÄBERLE, *La libertad*, 2003, pág. 59, aunque lo formula de forma diferente: “el Derecho penal está dado, a menudo, para hacer operativos los valores que son objeto, a su vez, de los derechos fundamentales. Esto demuestra que el fin que se propone realizar el Derecho penal no solamente no es contrario a los derechos fundamentales, sino que opera en favor de éstos”, también en la pág. 106: “tutela a menudo directamente aquellos valores que son objeto del derecho fundamental en cuestión”. En similar sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación*, 2013, pág. 54, señala que la tipificación de algunas conductas constituye en principio una forma de reforzamiento de la norma de derecho fundamental, (aun cuando en ocasiones también pueda ocasionar algún conflicto).

¹³³ STC 71/1984, de 12 de junio, FJ 2. En esta Sentencia añade que dicha protección penal forma parte del derecho fundamental mismo y que la interpretación de acuerdo con la CE de las normas penales relativas a los derechos fundamentales es asunto de la competencia del TC; y otra cosa es, sin embargo, la calificación penal que de los hechos alegados haga el órgano judicial ordinario en el ejercicio de la competencia que le otorga el art. 117.3 de la CE.

¹³⁴ Además de proteger bienes jurídicos que son derechos fundamentales a lo largo de todo el Libro II del CP, el CP también cuenta con una rúbrica con dicho nombre. En el Capítulo IV del Título XXI (“Delitos contra la Constitución”) del Libro II, se encuentran los “Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, cuya Sección 1ª se ocupa de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la CE y su Sección 2ª se refiere a los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos. Dice MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 24ª ed., 2022, pág. 801, que este Capítulo del CP sirve para englobar diferentes delitos que solo tienen en común el que su realización se produce por utilización

tampoco significa, ni mucho menos, que el Derecho penal sea la vía directa y única para la protección de derechos fundamentales (nuestro ordenamiento jurídico prevé otros mecanismos para preservarlos), pues, en consonancia con el carácter fragmentario del Derecho penal, este no debe proteger a los bienes jurídicos de todos los ataques que puedan potencialmente sufrir, sino únicamente de los más graves. El TC lo ha sintetizado como sigue: “no toda vulneración de derecho fundamental implica delito”¹³⁵.

Por último, cabe destacar la relación formal entre los derechos fundamentales y el Derecho penal, en la que no voy a detenerme dado que no afecta a la materia de terrorismo. El art. 25.1 CE, que consagra el derecho fundamental a la legalidad penal, hace únicamente referencia al término “legislación”, lo que ha desembocado en un debate doctrinal sobre el rango que deben tener las normas penales. La exigencia de *lex scripta* que encierra el principio de legalidad excluye como fuente para la creación o agravación de la responsabilidad penal la costumbre, pero también supone la prohibición de remisión a instancias normativas inferiores. Se exige que sea una ley en sentido formal (emanada del poder legislativo estatal¹³⁶) la creadora o agravadora del Derecho penal¹³⁷, y así lo reconoce el TC en consolidada jurisprudencia¹³⁸. Hasta aquí, todo claro. El mayor debate se genera, sin embargo, al poner en conexión el art. 25.1 CE con otros preceptos constitucionales para intentar suplir sus lagunas¹³⁹, concretamente, al acudir a los arts.

abusiva de algunos de los derechos fundamentales, sin embargo, es en ocasiones la misma legislación penal ordinaria la que dificulta la efectividad material de estos derechos, criminalizando en tipos penales, generalmente vagos e imprecisos, manifestaciones y ejercicios legítimos de los mismos.

¹³⁵ STC 71/1984, de 12 de junio, FJ 4.

¹³⁶ De acuerdo con el art. 149.1.6ª CE el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación penal y penitenciaria.

¹³⁷ No se exige así, a nivel internacional. El art. 15.2 PIDCP establece que “nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”, y, en similares términos, el art. 7.2 CEDH: “El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”. Por supuesto, el sistema español es más restrictivo al exigir ley (incluso orgánica). Y, en cuanto a la costumbre como fuente del Derecho penal, el TS ha reconocido en su STS 798/2007, de 1 de octubre, FJ 6, caso Scilingo que “el Derecho internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales españoles”. También, ATC 80/2021, de 15 de septiembre, FJ 4.

¹³⁸ STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, entre otras: “la primera garantía que contiene el principio de legalidad es la garantía formal, cuyo significado estriba en que únicamente cabe imponer una condena por un hecho cuando existe una norma jurídica con un determinado rango (*lex scripta*), que prevé que tal hecho es punible y que si se realiza le corresponderá una determinada pena (...). En definitiva, que existe una reserva de ley para definir delitos y para amenazarlos con penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal”.

¹³⁹ ARROYO ZAPATERO, *REDC*, N°8, 1983, págs. 21 y ss.; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones PG*, T.I, 3ª ed., 2017, pág. 128; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal PG*, 11ª ed., 2022, págs. 95 y ss.; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Introducción PG*, 2020, pág. 49.

53.1 y 81.1 CE (que, como ya se ha visto, consagran la reserva de ley para toda intervención del Estado en materia de derechos fundamentales, y el último, la reserva de ley orgánica). La doctrina más extendida defiende, con variados argumentos, que todas las leyes penales influyen en derechos fundamentales, y, por tanto, deben preverse en leyes orgánicas¹⁴⁰ al ser “relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (art. 81.1 CE). Otro sector doctrinal¹⁴¹ y el TC¹⁴² y un sector de la doctrina entienden que ley penal deberá ser orgánica si el bien jurídico protegido por el tipo penal es algún derecho fundamental o si las penas o medidas que impone afectan o limitan derechos fundamentales. Esto último, ocurrirá en la mayoría de las ocasiones, pero no en todas.

1. El control de constitucionalidad de las leyes penales y de su aplicación: la doctrina constitucional

1.1. El legislador penal

El poder legislativo es el encargado de configurar la respuesta penal del Estado dentro del marco constitucionalmente establecido, el cual presiden los derechos fundamentales.

Para las ocasiones en que el legislador se salga de ese marco, la propia CE instituye mecanismos de garantía frente al legislador. En el plano sustantivo, estas garantías estriban esencialmente en la rigidez constitucional¹⁴³, y, en el plano procesal, radican en los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes¹⁴⁴: el recurso

¹⁴⁰ ARROYO ZAPATERO, *REDC*, N°8, 1983, págs. 23-30; BOIX REIG, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, N°4, 1983, págs. 18-25; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones PG*, Vol. I, 1997, págs. 83-84; GARCÍA RIVAS, *El poder*, 1996, pág. 70; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal PG*, 5ª ed., 1999, pág. 76; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, 1999, pág. 43; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., 1999, págs. 11 y ss.; RUIZ ROBLEDO, *El derecho*, 2003, págs. 127-129; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho penal internacional*, 2006, págs. 89-90; QUINTERO OLIVARES/JARIA I MANZANO/PIGRAU I SOLÉ, en: QUINTERO OLIVARES/JARIA I MANZANO/PIGRAU I SOLÉ (Coord.), *Derecho penal constitucional*, 2015, pág. 33; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal PG*, 11ª ed., 2022, págs. 95 y ss.; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Introducción PG*, 2020, pág. 49.

¹⁴¹ HUERTA TOCILDO, *REDC*, N°39, pág. 91; LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, pág. 77; MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, págs. 120-121; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones PG*, T.I, 3ª ed., 2017, pág. 130; GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA/DÍAZ MARTÍNEZ/CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, 2021, págs. 31-32.

¹⁴² La STC 25/1984, de 23 de febrero, (FJ 2), ha considerado que la reserva de ley orgánica “no puede deducirse sin más de la conexión del art. 81.1 con el mencionado art. 25.1”, sino que esta entrará en juego cuando “sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los derechos fundamentales”.

¹⁴³ La rigidez constitucional alude a los mecanismos de reforma de la norma suprema, que requieren un amplio consenso y una serie de requisitos adicionales previstos en los arts. 167 y 168 CE.

¹⁴⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema*, 5ª., 2021, págs. 70-71.

de inconstitucionalidad, como control abstracto (arts. 161.1 a) CE); y la cuestión de inconstitucionalidad, como procedimiento de control concreto (art. 163 CE). El art. 55.2 LOTC permite también la conocida como autocuestión de constitucionalidad o cuestión interna de constitucionalidad, que entra en acción en el supuesto de que se estime un recurso de amparo porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas. En este supuesto, la sala eleva la cuestión al pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley en nueva sentencia con los efectos previstos para dichas declaraciones.

Ante el control de constitucionalidad, el TC tiene, en principio, dos alternativas. En primer lugar, puede declarar constitucional el precepto objeto del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad, por lo que permanecerá en el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, puede declarar la inconstitucionalidad del precepto, anulándolo y con ello expulsándolo del ordenamiento. Pero antes de ello, debe haber explorado las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, “por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la CE”¹⁴⁵. Así, surge una tercera alternativa, representada por la posibilidad de dictar una “sentencia interpretativa”, que sería aquella que declara “que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera”¹⁴⁶. Esta interpretación debe, en primer lugar, respetar el tenor literal del precepto y partir de los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica y de los principios limitadores del *ius puniendi* que permiten restringir su ámbito de aplicación (...) haciéndolo compatible con las exigencias derivadas del principio de legalidad¹⁴⁷. La justificación de estas sentencias se encuentra en el respeto del principio de conservación de ley, y en que, como se ha indicado, un precepto solo puede declararse inconstitucional cuando no admita interpretación conforme alguna con la CE.

El TC se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la posición del legislador penal y su propia jurisdicción. Ha declarado que el legislador es el competente para “la selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo”. Para el ejercicio de esta potestad “el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la CE,

¹⁴⁵ STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 4.

¹⁴⁶ STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6; STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 7.

¹⁴⁷ Entre otras, STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8; STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 7.

de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y de su específica legitimidad democrática. Como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan de la CE”¹⁴⁸. En relación con los derechos fundamentales, como ya he señalado *supra*, el TC ha expresado, de acuerdo con su visión del contenido de los mismos, que “a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales”, y “la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho”¹⁴⁹.

El TC reconoce que en esta sede (en protección de los derechos fundamentales) su juicio debe ser muy cauteloso y limitarse a verificar que la norma penal no produzca “un patente derroche inútil de coacción que convierte a la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” o una “actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona”¹⁵⁰. El TC no debe evaluar la conveniencia de la ley, su calidad o perfectibilidad, únicamente debe declarar si se enmarca en la CE. Y una decisión que declare la constitucionalidad de la norma no implica ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma¹⁵¹. Aunque el TC también reconoce que para las normas penales han de contemplarse límites más exigentes, debido, precisamente, al alcance de sus efectos, puesto que cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales, y, en particular, de los derechos y libertades, más exigentes deben ser los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera¹⁵². Y por lo que se refiere a los bienes jurídicos a proteger por la norma penal, el legislador es libre para su selección, mientras no se acredite la presencia de objetivos “constitucionalmente proscritos o socialmente irrelevantes”¹⁵³.

La doctrina ha calificado generalmente la actitud del TC respecto del control de constitucionalidad de las leyes penales como deferente¹⁵⁴, criticándose por parte de

¹⁴⁸ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7.

¹⁴⁹ STC 235/2007, de 7 de noviembre.

¹⁵⁰ STC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 8 y 9.

¹⁵¹ *Ibid.*, FJ 6.

¹⁵² STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7.

¹⁵³ STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7.

¹⁵⁴ PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, pág. 295, “el control de constitucionalidad hoy se formula en términos de extraordinaria cautela”; donde argumenta que el lema podría ser que en materia penal “ponderación poca y muy deferente hacia el legislador” (pág. 288); LOPERA

algunos una actitud tan poco exigente del mismo en este ámbito¹⁵⁵. Así, desde que el intérprete constitucional comenzara su actividad, no son numerosas las sentencias sobre procesos de control de constitucionalidad de leyes penales¹⁵⁶. Una visión de conjunto de la jurisprudencia constitucional en materia penal pone de manifiesto que el TC ha intervenido con más profundidad en la configuración del Derecho procesal penal que en el Derecho penal sustantivo¹⁵⁷, y que ha utilizado con gran cautela el principio de proporcionalidad¹⁵⁸, aunque a este respecto es cierto que la intensidad del control de proporcionalidad en la ley y en la aplicación de la ley es distinto, no solo por la posición constitucional del legislador a la que ya se ha hecho referencia, sino también por las

MESA, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal*, 2010, pág. 127, indica, en relación con la utilización del principio de proporcionalidad por el TC, que esta ha estado definida por una marcada deferencia al legislador, configurándolo como un cauteloso juicio de mínimos, proponiendo la autora un control más intenso por parte del TC (págs. 572 y ss.); ALCÁ CER GUIRAO, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal*, 2010, pág. 20, analizando el control del TC en materia de principio de legalidad, señala que ha asumido expresamente un principio de deferencia ante el legislador, y califica la actitud del TC como “autorrestrictiva”; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *InDret*, N°3, 2012, pág. 29, que señala al TC como “restrictivo en la interpretación del marco constitucional penal pero deferente en el juicio final de inclusión de la norma en dicho marco”; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo*, 2012, págs. 57-60; FOSSAS ESPADALER, *REDC*, N°103, 2015, págs. 309-312, en cuyo trabajo también analiza la posición del TEDH ante el legislador penal, que también califica como deferente; y LÓPEZ GARRIDO/MARTÍNEZ ALARCÓN, en: LÓPEZ GARRIDO (Dir.), *Lecciones de Derecho constitucional*, 2ª ed., Vol. II, 2022, pág. 46, que califican al TC como “especialmente cauteloso”.

¹⁵⁵ LOPERA MESA, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal*, 2010, págs. 128-137; o FOSSAS ESPADALER, *REDC*, N°35, pág. 330, que señala como paradójico que “al ejercer el más terrible de los poderes, el poder de castigar, el legislador se vea sometido, según la jurisprudencia, a tan pocos y tan débiles límites materiales derivados de la CE”, y se pregunta “hasta qué punto la CE opera como límite material al legislador penal, y cuál es su eficacia para asegurar el programa garantista del Derecho penal mínimo”; HUERTA TOCILDO, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, págs. 914-915, critica que en algunas decisiones la actitud de cautela a la hora de emitir un juicio de proporcionalidad sobre normas penales equivale prácticamente a la concesión de un cheque en blanco al legislador penal para diseñar la política criminal, seleccionar los bienes jurídicos que estima merecedores de protección y determinar qué conductas de ataque a los mismos deben ser prohibidas y qué penas les corresponden, con la única condición, en sí misma vacía de contenido, de que proceda dentro de los límites marcados por la CE. En un sentido distinto, por ejemplo, PAREDES CASTAÑÓN *La justificación*, 2013, págs. 57 y ss., defiende una “concepción minimalista” del control de constitucionalidad de las leyes penales en atención a su contenido. También, ALCÁ CER GUIRAO, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal*, 2010, pág. 22, pone de manifiesto que no deja de llamar la atención que la doctrina penal se manifieste, por lo general, firme partidaria del “activismo constitucional”, lo que se evidencia no solo en la ligereza con que en ocasiones se tachan de inconstitucionales preceptos con cuyos presupuestos político-criminales se discrepa, sino también en que, salvo excepciones, las Sentencias más alabadas han sido precisamente aquéllas que más se han adentrado en el coto vedado de la legalidad ordinaria, mostrándose, por el contrario, crítica cuando el TC ha hecho gala del obligado comedimiento hacia el legislador o la labor judicial.

¹⁵⁶ Un excelente trabajo sobre esta cuestión, que analiza y clasifica estos pronunciamientos del TC: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *InDret*, N°3/2012.

¹⁵⁷ FOSSAS ESPADALER, *REDC*, N°103, 2015, pág. 309.

¹⁵⁸ DíEZ RIPOLLÉS, *REDC*, N°75, 2005, pág. 84; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo*, 2012, págs. 57-58; FOSSAS ESPADALER, *REDC*, N°103, 2015, págs. 313-314 y 329-330.

características de los procedimientos de control de constitucionalidad de la ley, que dificulta en buena medida la utilización del principio de proporcionalidad, dada la ausencia de referencias concretas para su aplicación¹⁵⁹.

La citada deferencia ante el legislador es en principio positiva, pues es síntoma del respeto a la separación de poderes y a las prerrogativas del legislador. Ahora bien, en algunas parcelas del Derecho, como es la legislación antiterrorista, se observan ciertas extralimitaciones del legislador en materia de derechos fundamentales y Derecho penal, procesal, sustantivo y penitenciario, en las que quizá debería entrar (o haber entrado) el TC (en la medida de sus posibilidades, que están, por supuesto, tasadas). Ello será argumentado en profundidad en la *Segunda Parte* del estudio.

1.2. El juez penal

Pone de manifiesto RODRÍGUEZ MONTAÑÉS que la tendencia expansionista legislativa en materia penal (que más tarde analizaré) se ve acompañada con una tendencia jurisprudencial paralela, al decantarse también los órganos judiciales por interpretar y por aplicar expansivamente la legalidad penal y procesal penal a situaciones como mínimo fronterizas con el ejercicio de derechos fundamentales. La jurisprudencia tiende a interpretar desde la ley penal, estando excesivamente ceñida al tenor literal y muy celosa de su “libertad interpretativa”, olvidando a menudo, que además de los límites que marca el tenor literal, están también los derivados directamente de su vinculación a la CE (art. 9.1 CE), y, por tanto, los derechos fundamentales¹⁶⁰.

En nuestro sistema constitucional, frente a las posibles vulneraciones de derechos fundamentales (que, por supuesto, incluyen las situaciones en las que el órgano judicial ha aplicado la norma sin observancia de las normas de derecho fundamental), de acuerdo con lo proclamado en el art. 53.2 CE, cualquier ciudadano¹⁶¹ podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE a través del recurso

¹⁵⁹ Sobre ello: GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2003, págs. 117 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo*, 2012, pág. 58.

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo*, 2012, págs. 31-32.

¹⁶¹ Entendiendo el término ciudadano en un sentido amplio, pues, tienen legitimación activa para interponer el recurso de amparo las personas naturales o jurídicas que invoquen un interés legítimo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal (art. 46 LOTC); y, con respecto al procedimiento especial en defensa de los derechos fundamentales, se entiende que la legitimación activa la tendrán las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo (art. 19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa).

de amparo¹⁶² ante el TC, y también a través de un procedimiento judicial especial, preferente y sumario¹⁶³.

Es cierto que el TC también ha mostrado contención en la revisión de los procedimientos judiciales, pues él no representa una tercera instancia ni le corresponde la interpretación de las leyes¹⁶⁴. Sin embargo, a diferencia de lo expuesto en el punto anterior sobre la posición del TC ante la inconstitucionalidad de las leyes penales, es cierto que en el contexto del recurso de amparo el TC se ha mostrado más abierto al ejercicio del control que le corresponde en ese concreto ámbito¹⁶⁵.

El TC ha dictaminado en repetidas ocasiones que cuando un órgano judicial aplica una norma penal que se refiere a conductas en las que se halla implicado el ejercicio de un derecho fundamental, ha de tener presente el contenido constitucional del derecho de que se trate. De este modo, ni puede incluir entre los supuestos sancionables aquellos que son ejercicio de un derecho fundamental, ni puede interpretar la norma penal de forma extensiva, comprendiendo en la misma, conductas distintas a las expresamente previstas, pues, en virtud de su conexión con el derecho fundamental, la garantía constitucional de taxatividad *ex art. 25.1 CE* deviene aún más reforzada. Y, al margen de las prohibiciones anteriores, tampoco puede el órgano judicial, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla) reaccionar desproporcionadamente, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal¹⁶⁶.

¹⁶² El recurso de amparo representa una de las principales competencias atribuidas por la CE al TC, que conocerá de las vulneraciones de derechos fundamentales originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las CCAA y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes (art. 41.2 LOTC). La Sentencia dictada al conocer del fondo del recurso otorgará o denegará el amparo solicitado. En caso de que se otorgue el amparo contendrá alguno de los siguientes pronunciamientos: a) declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución impugnado; b) reconocimiento del derecho o libertad pública vulnerado; c) restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación (art. 55.1 LOTC).

¹⁶³ Dicho procedimiento preferente y sumario fue regulado mediante la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. No obstante, esta ley se encuentra actualmente derogada y sustituida por disposiciones de la LECrim. El procedimiento abreviado arbitra la protección jurisdiccional en aquellos tipos penales que pudieran afectar a derechos fundamentales, por ejemplo, delitos contra la intimidad, la propia imagen o la inviolabilidad de domicilio, calumnias, injurias, o delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías de la intimidad u otros derechos individuales.

¹⁶⁴ ALCÁCER GUIRAO, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal*, 2010, pág. 21.

¹⁶⁵ Si bien cabe señalar que, a partir de 2007, la LOTC exige como requisito insubsanable y común a todas las modalidades de recurso de amparo que el demandante justifique la “especial trascendencia constitucional del recurso”, lo que ha reducido considerablemente su admisión.

¹⁶⁶ Entre otras: STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5.

Entre otras resoluciones, el TC se refirió en su STC 108/2008, de 22 de septiembre, al control que debe ejercer en relación con las interpretaciones judiciales contrarias a los derechos fundamentales, dictaminando en su FJ 3 lo siguiente: “la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento, impone a los órganos judiciales al aplicar una norma penal la obligación de tener presente el contenido constitucional de los derechos fundamentales, impidiendo reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales. Por ello, si los órganos judiciales prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental e incluyen entre los supuestos sancionables por aplicación de un tipo penal conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo del ejercicio del mismo, vulneran éste, pues, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, hemos afirmado reiteradamente que ‘los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales’”.

No obstante, desde hace años se aprecia un cambio en la doctrina constitucional. Lo ponen de manifiesto algunos de los propios miembros del TC en sus votos particulares. Estos Magistrados diagnostican “una preocupante deriva de la jurisprudencia constitucional” que, en el tratamiento de las condenas penales por conductas que se desarrollan en el ámbito material de los derechos fundamentales (concretamente se refieren a los derechos a la libertad de expresión y al derecho de reunión), parece alejarse cada vez más de la jurisprudencia del TEDH, dándose un abusivo recurso al sistema de justicia penal en detrimento de otras respuestas menos desalentadoras de derechos tan vinculados a la esencia misma de un sistema constitucional plenamente consolidado (y citan como ejemplos de esta deriva algunas recientes condenas a España por parte del Tribunal de Estrasburgo)¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Voto particular formulado por el Magistrado Xiol Ríos y la Magistrada Balaguer Callejón a la STC 133/2021, de 24 de junio.

2. Los derechos fundamentales y la dogmática penal: el ejercicio legítimo de un derecho fundamental

Como ya se ha puesto de manifiesto, una disposición o una norma penal que contradiga una norma de derecho fundamental es una norma inconstitucional (la antinomia entre una norma penal y una norma de derecho fundamental se resuelve a favor de esta debido a su rango jerárquico superior). Podría ocurrir, sin embargo, que existieran en ciertas ocasiones conductas que entren igualmente en el supuesto de hecho de dos normas válidas: en la norma constitucional que delimita el ámbito normativo de un derecho y en una norma penal que limite ese ámbito normativo en defensa de otro bien de relevancia constitucional¹⁶⁸.

¿Cómo se traduce lo anterior en términos dogmático-penales? Aunque ya he adelantado alguna cuestión, existen varias posiciones doctrinales para tratar el supuesto en el que una conducta pueda subsumirse en un tipo penal, pero a la vez pueda ser considerada, en principio, un ejercicio de derechos fundamentales. Trataré de exponerlo sucintamente. La primera de las posiciones doctrinales reconduce la cuestión por la vía de la causa de justificación que excluye la antijuridicidad, prevista legalmente en el art. 20.7º CP (eximente de ejercicio legítimo de un derecho); en segundo lugar, hay quienes la interpretan como una eximente supralegal, por ser derechos fundamentales los implicados; o, en tercer lugar, quienes defienden que se trata de una situación que excluye la tipicidad, por moverse en el ámbito de la delimitación de las fronteras de lo típico.

Comienzo por la segunda y la tercera de las interpretaciones.

La segunda de ellas puede desecharse en nuestro ordenamiento porque contamos con la previsión normativa del art. 20.7º que hace que no sea necesario acudir al fundamento de la supralegalidad de la causa de justificación, aunque sea la CE la que prevé los derechos fundamentales, pues la cláusula del CP no hace ninguna clase de diferencia respecto de los derechos a los que alude. Esta interpretación proviene del Derecho alemán, que no dispone de una cláusula al estilo de la española¹⁶⁹.

Un sector doctrinal minoritario defiende, con distintas argumentaciones, que el ejercicio legítimo de un derecho (fundamental) no debe insertarse en las causas de

¹⁶⁸ UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante de los derechos*, 2003, págs. 72-73.

¹⁶⁹ Sobre ello: BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, 1999, pág. 109; MESTRE DELGADO, *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho*, 2001, págs. 112 y ss.

justificación, sino que encarna una causa de exclusión de la tipicidad. Ahora bien, ello lo predicarían de algunos supuestos, no de todos.

MORALES PRATS ha tratado el problema desde la óptica de los delitos contra el honor (injurias) y las libertades de información y expresión¹⁷⁰. Para el autor, el encaje de las libertades del art. 20 CE no debe verificarse exclusivamente en el sistema penal en sede de la causa de justificación del art. 20.7º CP, pues, dado el carácter que asume la libertad de información como principio conformador de la opinión pública plural, propia de una sociedad democrática, en cada caso deberá precisarse previamente si la conducta verificada en su ejercicio debe reputarse típica penalmente. Por consiguiente, el escenario que configura el art. 20.7º CP no es en su opinión el único ni el primer eslabón valorativo de encaje de las referidas libertades en el Derecho penal; en particular, a los efectos del delito de injuria, deberá enjuiciarse de forma previa y conforme a criterios normativos orientados constitucionalmente (adecuación social), si la conducta presentaba una inicial relevancia jurídico penal (determinación de la tipicidad o atipicidad de la misma)¹⁷¹.

LÓPEZ PEREGRÍN, también refiriéndose a los delitos contra el honor de las personas y de los colectivos, se decanta también por la causa de atipicidad, pero reconducida a través de la idea del riesgo permitido y la imputación objetiva. Parte la autora de la necesidad de delimitar dónde empieza y acaba cada derecho, sus respectivos ámbitos de acción, y “si se actúa en el ámbito protegido constitucionalmente del derecho a la libertad de expresión e información no hay ataque al honor penalmente relevante y, por tanto, la conducta sería atípica”. Para ella, “confiar la solución del conflicto a la apreciación de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho no proporciona tutela a la libertad de expresión e información, porque obliga a admitir que el legítimo ejercicio de un derecho fundamental puede integrar el tipo penal”¹⁷².

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, por su parte, sostiene que una conducta en ejercicio legítimo de un derecho no solo no está justificada y no es antijurídica, sino que es ya directamente atípica, pues ni siquiera concurre en ella el indicio de antijuridicidad que constituye el tipo penal, concebido como tipo indiciario del injusto, que es el sentido en

¹⁷⁰ MORALES PRATS, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1987, Nº12, págs. 251-320.

¹⁷¹ MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. I, 2016, págs. 268-269; y MORALES PRATS, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1987, Nº12, págs. 254 y 256.

¹⁷² LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, 2000, págs. 124-125.

que tradicionalmente la doctrina ha utilizado el concepto causas de atipicidad¹⁷³. Sigue a los dos autores citados en los anteriores párrafos, pero no aclara por cuál de las dos vías descritas se decanta (la del riesgo permitido o la de la adecuación social), y, a diferencia de ellos, generaliza su conclusión al sostener que el ejercicio legítimo siempre será causa de atipicidad, lo que, en realidad, no hacen los dos autores a los que sigue, que se refieren específicamente a los delitos contra el honor.

Entiendo que en algunos casos pueda plantearse la atipicidad de la conducta, a pesar de la existencia de una denuncia penal. No obstante, la consideración de que en todo caso una conducta que representa el ejercicio legítimo de un derecho fundamental es una causa de atipicidad, podría suponer, desde la teoría general de los derechos fundamentales, la obligación de sostener que los derechos tienen un contenido definitivo y perfectamente delimitado (aunque, a efectos dogmático-penales, una u otra opción tenga los mismos efectos de legitimidad y de licitud de la conducta).

Otra cuestión será, por supuesto, la relativa a la consideración de una conducta como atípica por no ser subsumible en el tipo penal de acuerdo con el tenor literal del mismo, a pesar de que nos encontremos en una zona propia de ejercicio del derecho fundamental¹⁷⁴.

Tras estas breves consideraciones, me decanto en general, entonces, por la primera de las opciones, al igual que la doctrina mayoritaria¹⁷⁵, que entiende que esta problemática debe reconducirse mediante una causa de justificación que excluye la antijuridicidad,

¹⁷³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo*, 2012, págs. 96-97.

¹⁷⁴ Esto es lo que defendía en un trabajo PAREDES CASTAÑÓN, en: CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO (Coord.), *Protección jurídica*, 2016, págs. 171-192, en relación el caso *Aturem el Parlament*. El caso trata los incidentes (no violentos) acaecidos el día 15 de junio de 2011 en las inmediaciones del Parlamento de Cataluña, en una manifestación convocada con ocasión de la sesión de aprobación de los presupuestos, en las que los condenados dificultaron la entrada al Parlamento de algunos miembros de la Asamblea legislativa. La manifestación en la que ocurrieron los hechos llevaba por lema “*Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades*” (“Paremos el Parlamento, no permitiremos que aprueben recortes”). Las sentencias que han tratado el caso (SAN 31/2014, de 7 de julio; STS 161/2015, de 17 de marzo; y STC 133/2021, de 24 junio) presentan una argumentación dispar en relación con la comisión del delito y el ejercicio legítimo de derechos fundamentales. Para PAREDES CASTAÑÓN, en realidad en aquel supuesto no hacía falta inmiscuirse en el alcance del derecho fundamental de reunión y manifestación, o en su ponderación frente a otros derechos o intereses constitucionales; pues en el caso de siete de los ocho acusados las conductas no eran penalmente típicas; respetando el significado ordinario de las palabras empleadas en el tenor literal de los tipos penales de los arts. 550 o 498 CP.

¹⁷⁵ Entre otros: BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones PG*, Vol. I, 1997, pág. 146; MESTRE DELGADO, *La exigente de ejercicio legítimo de un derecho*, 2001, pág. 180; UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante de los derechos*, 2003, *passim*; CUERDA ARNAU, *RGDP*, N°8, 2007, págs. 13-14; LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, págs. 441 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, pág. 493; COLOMER BEA, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N°41, 2019, pág. 101.

prevista en el art. 20.7º CP. De acuerdo con lo dispuesto en el citado precepto, está exento de responsabilidad criminal “El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, (previsión que, por otro lado, ha sido tildada por algún sector doctrinal de superflua¹⁷⁶, por otros, de ciertamente útil¹⁷⁷, y, por otros, de imprescindible¹⁷⁸). Contiene tres eximentes distintas, siendo aquí la relevante la del ejercicio legítimo de un derecho, concretamente, de un derecho fundamental.

La justificación de esta previsión legal radica en el entendimiento del ordenamiento jurídico como un todo unitario¹⁷⁹ y coherente y en razones de justicia material¹⁸⁰. Lo que está reconocido expresamente como derecho fundamental por la CE no puede ser considerado antijurídico por ningún otro sector del ordenamiento y menos aún por el Derecho penal, y no solo en virtud de la *ultima ratio*, sino porque constituiría una contradicción considerar como penalmente prohibido lo que otra parte del Derecho autoriza como un derecho; y, además, porque todo lo que no está prohibido por ningún sector del ordenamiento, está permitido por el Derecho en su conjunto¹⁸¹.

Esta causa de justificación se diferencia de otras en que en este supuesto no hay que proteger el derecho frente a ataques ilegítimos; en el ejercicio del derecho su titular simplemente tiene que decidir usar, dentro de los límites jurídicamente trazados para su legitimidad, las facultades que le concede ese derecho del que dispone; uso de facultades que ya está jurídicamente previsto que, dentro de límites, puede afectar o menoscabar bienes jurídicos ajenos¹⁸². En esta causa de justificación no se detalla expresamente sus límites mediante los correspondientes requisitos, pues estos serán distintos según el derecho de que se trate; pero la exigencia de ejercicio legítimo supone una remisión a las

¹⁷⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal PG*, 11ª ed., 2022, pág. 309.

¹⁷⁷ LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, págs. 441-442; MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, pág. 493.

¹⁷⁸ UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante de los derechos*, 2003, pág. 235.

¹⁷⁹ UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante de los derechos*, 2003, págs. 19-20 y 50; LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, págs. 442; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. I, 2016, pág. 257; MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, págs. 491-492; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Introducción PG*, 2020, pág. 193.

¹⁸⁰ UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante de los derechos*, 2003, págs. 19-20 y 50.

¹⁸¹ LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, págs. 442. Igualmente: MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, págs. 491-492; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. I, 2016, pág. 258.

¹⁸² LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, pág. 444.

diversas condiciones y límites impuestos para la legitimidad del ejercicio de cada derecho¹⁸³.

Descendiendo al concreto ejercicio de un derecho fundamental como causa de justificación, aprecia UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA que el propio CP, al prever la eximente, se decanta por una determinada concepción del contenido y los límites de los derechos fundamentales, pues la estructura normativa de la que participa esta eximente solo cabe concebirla desde los postulados de una concepción amplia del contenido de los derechos¹⁸⁴. Así, la exención de responsabilidad penal de una conducta penalmente típica en ejercicio (legítimo) de un derecho presupone la existencia de un conflicto jurídico, un conflicto normativo no a nivel de abstracta previsión, sino entre dos normas, coherentes entre sí, que protegen intereses que colisionan en un caso concreto¹⁸⁵. Y este conflicto, señala BACIGALUPO ZAPATER (aunque refiriéndose al concreto conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor en el contexto del delito de injurias), solo puede resolverse sobre la base del principio de la ponderación de bienes, para lo que se requiere una determinación valorativa de los intereses en juego a partir del propio sistema de valores de la CE, pues se trata de una cuestión relativa a la interpretación de la CE y no simplemente frente a un problema del CP¹⁸⁶.

CUERDA ARNAU critica esto último (aunque comparte la consideración del ejercicio legítimo de un derecho fundamental como causa que excluye la antijuridicidad)¹⁸⁷. La autora sostiene que lo que impone la eximente del 20.7º cuando de un derecho fundamental se trata y por tanto de una remisión a la CE es la necesidad de que el juez ordinario respete la delimitación que del derecho afectado ha realizado el TC, de modo tal que aquél no puede ampararse en ponderación alguna para desatender los cánones de constitucionalidad conforme a los cuales debe determinarse si la conducta

¹⁸³ LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, pág. 445. En igual sentido: BACIGALUPO ZAPATER, *REDC*, N°20, 1987, pág. 94.

¹⁸⁴ UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante de los derechos*, 2003, págs. 259-263 y 272-273.

¹⁸⁵ *Ibid.*, págs. 223-224.

¹⁸⁶ BACIGALUPO ZAPATER, *REDC*, N°20, 1987, págs. 89-90. En su ejemplo concreto, señala el autor que la cuestión del efecto justificante de los derechos de opinión y de información con relación al delito de injuria debe comenzar, entonces, por la CE y no por el CP. Desde esta perspectiva la ponderación de los intereses subyacentes bajo los derechos fundamentales en colisión debe tomar necesariamente en cuenta el significado institucional de unos y otros en una relación flexible, en la que el punto de partida de la interpretación debe estar dado por la posición fundamental que ocupa la libertad de expresión en el sistema del Estado democrático de Derecho (pág. 94).

¹⁸⁷ CUERDA ARNAU, *RGDP*, N°8, 2007, págs. 16-17; CUERDA ARNAU, *InDret*, N°2, 2022, págs. 95-98.

puede estimarse legítimo ejercicio de la libertad en cuestión. Pese a que ello es una obviedad, aprecia la autora que no es difícil encontrar resoluciones en las que se desconoce frontalmente el contenido del derecho. Ello se debe, dice, a “la resistencia de la jurisprudencia ordinaria a abandonar definitivamente el esquema ya superado de la ponderación” y a que se fundamenten decisiones adoptadas por la vía de la proporcionalidad y de la ponderación ignorando la definición constitucional de los derechos. Señala que esta es la tesis que defienden algunos autores (cita a BERDUGO DE LA TORRE y a UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA) que sostienen que la eximente del 20.7º CP es una “llamada a la ponderación” en virtud de la cual la solución al conflicto concreto quedará en manos del juez penal correspondiente que deberá resolver el caso ponderando los intereses en juego. Para la autora resulta entonces que la definición constitucional del derecho acaba nuevamente en manos del juez ordinario que delimita su contenido sirviéndose de la proporcionalidad como criterio metodológico, siendo lo único que el juez ordinario puede hacer constatar si concurre la causa de justificación, pero no le corresponde a él ser quien decida, al margen de la definición constitucional del derecho, el contenido y alcance de la justificación. Una cosa es, en fin, que la *ratio* de la eximente de ejercicio del derecho corresponda a la lógica del interés preponderante y otra bien distinta que su contenido haya de sustanciarse por la vía de la ponderación¹⁸⁸.

Si bien pueden resultar interesantes o atendibles algunas de las aseveraciones de la autora (en concreto las que realiza sobre la existencia de un exceso general de utilización del principio de proporcionalidad o sobre la falta de atención de los jueces penales a la doctrina constitucional), no puedo valorar completamente su planteamiento en la medida en que sostiene que el único rol que le asigna al juez es el de constatar si concurre o no la causa de justificación, pero no explica mediante qué mecanismo debe hacerlo. Y la crítica que plantea a los citados autores creo que no tiene relación con la que realiza a los órganos judiciales ordinarios. El juez ordinario deberá, respetando, por supuesto, la doctrina del TC, atender a las circunstancias del caso que se le presenta e interpretar si se trata de un ejercicio de un derecho y por ello la conducta está justificada, o si, por el contrario, la conducta encarnaba un ejercicio ilegítimo del derecho y se configuran los requisitos típicos del delito; pero creo que no puede sostenerse que con ello el juez ordinario esté saliéndose de las competencias que ostenta. Lo sintetiza del

¹⁸⁸ CUERDA ARNAU, *RGDP*, N°8, 2007, págs. 16-17.

siguiente modo el voto particular formulado por el Magistrado Xiol Ríos y la Magistrada Balaguer Callejón a la STC 133/2021, de 24 de junio: “La jurisprudencia constitucional y la del TEDH ha establecido que el parámetro de constitucionalidad a aplicar en aquellos casos en que se recurre al sistema de justicia penal para sancionar conductas que se desenvuelven en el ámbito material del ejercicio de derechos fundamentales cuenta con tres secuencias de control: (i) La verificación de que la conducta objeto de sanción penal se desarrolla dentro del ámbito de protección del derecho fundamental, lo que ya implicaría, por razón de la materia, la necesidad de ponderar la afectación del derecho fundamental concernido a partir de la respuesta penal; (ii) La comprobación de que la conducta penalmente sancionada, en atención al haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga el derecho fundamental concernido, se ha desarrollado plenamente dentro del ámbito constitucionalmente protegido por este derecho (esto es, representa un ejercicio legítimo del derecho), lo que implicaría una inmunidad frente a cualquier actuación e injerencia del poder estatal, (...), a partir de la premisa de que una conducta no puede ser a un mismo tiempo valorada como un acto de ejercicio de un derecho fundamental y como constitutiva de un ilícito de cualquier naturaleza. En tal caso la reacción sancionatoria debe ser considerada una injerencia injustificada en el derecho fundamental sustantivo lesiva del mismo; (iii) La comprobación de que la sanción penal de la conducta (incluso cuando dicha conducta no pueda considerarse como legítimo ejercicio del derecho fundamental concernido por haberse sobrepasado sus límites de protección estricta) supone una injerencia en dicho derecho. En estos supuestos, aunque la conducta realizada no pueda considerarse amparada por el derecho fundamental, al tratarse de conductas que tienen su origen en el ejercicio del referido derecho, su extralimitado ejercicio no puede castigarse acudiendo al Derecho penal, salvo en aquellos casos en los que de forma manifiesta la conducta punible no tenga conexión alguna con el ámbito protegido por el derecho fundamental. De no ser así, la reacción penal debe ser considerada una injerencia desproporcionada en el derecho fundamental sustantivo lesiva del mismo incompatible con el efecto desaliento que provocaría sobre el propio sujeto sancionado y la colectividad para el ejercicio del derecho fundamental”.

Con todo, como bien señalan ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, el normal funcionamiento de un sistema jurídico debe impedir que el proceso penal se convierta en

el lugar preferente para enjuiciar el ejercicio legítimo de derechos constitucionales¹⁸⁹. Es por ello por lo que esta causa de justificación debe entenderse como de aplicación excepcional, y lo contrario implicaría el necesario reconocimiento de un problema general de tipificación penal o de la aplicación de la ley penal. Esto último, sin embargo, cada vez es más frecuente debido a la expansión del Derecho penal, que tiene como usual práctica la tipificación de delitos cuanto menos fronterizos con los derechos fundamentales, que deberían conducir a la interposición de cuestiones de inconstitucionalidad.

3. El efecto de desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales (la doctrina del *chilling effect*)

Cabe dar un paso más en la relación sobre derechos fundamentales y Derecho penal, pues incluso el ejercicio abusivo o extralimitado de un derecho fundamental puede tener relevancia a la hora de analizar un hecho delictivo¹⁹⁰.

En repetidas ocasiones me he referido a la obligación positiva del legislador de promover el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, lo que le impide obviamente, *sensu contrario*, desalentar el ejercicio de tales derechos¹⁹¹. En este sentido, reconoce el TC que “una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada”¹⁹². Esto es lo que se conoce como la doctrina del efecto de desaliento para el ejercicio de los derechos fundamentales (*chilling effect*).

La doctrina del *chilling effect* proviene de la jurisprudencia constitucional estadounidense, que ha sido utilizada para declarar inconstitucionales normas que sancionaban conductas que podían desalentar al conjunto de los ciudadanos del ejercicio de sus derechos ante el temor a ser sancionados por infringir una norma cuyo alcance resulta impreciso, ya sea por la excesiva amplitud (*overbreadth*) o por la vaguedad

¹⁸⁹ ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Introducción PG*, 2020, pág. 194.

¹⁹⁰ COLOMER BEA, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N°41, 2019, págs. 101-102. También: GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, *Cuadernos de derecho público*, N°11, 2000, pág. 241.

¹⁹¹ MARTÍNEZ-PUJALTE, *Persona y Derecho*, N°54, 2006, pág. 83.

¹⁹² STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20.

(*vagueness*) con que aparece definido¹⁹³. También podría darse este desaliento en atención a la aplicación de ciertas doctrinas jurisprudenciales, o, incluso, como apunta DOPICO GÓMEZ-ALLER, podría producirse por la mera admisión a trámite de querellas por hechos que no deberían ser considerados delictivos, pues a pesar de que muchos de esos procedimientos acaban en archivos, absoluciones o condenas que luego son revocadas, el inicio y su repercusión mediática ya genera ese efecto que intimida al conjunto de la sociedad¹⁹⁴. Ello también lo denuncian algunos votos particulares a sentencias del TC, que advierten que el efecto disuasorio que tiene el recurso al sistema de justicia penal sobre el ejercicio de la libertad de expresión no se produce solo cuando culmina con la imposición de una pena, sino que se hace realidad con el inicio del procedimiento, dados los perjuicios de toda índole derivados de la sustanciación de un proceso penal, que pueden llegar a traducirse en gravosas medidas cautelares de naturaleza personal y material¹⁹⁵.

¹⁹³ CUERDA ARNAU, *TEORDER*, N°3, 2008, pág. 91.

¹⁹⁴ “Condena que algo queda: el ‘efecto desaliento’ tras algunas sentencias amenaza la libertad de expresión”, *Eldiario.es*, 3 de enero de 2021, consulta: https://www.eldiario.es/politica/condena-queda-efecto-desaliento-amenaza-libertad-expresion_1_6517294.html (último acceso 19/03/2023). También: CUERDA ARNAU, *InDret*, N°2, 2022, pág. 93.

¹⁹⁵ Voto particular del Magistrado Xiol Ríos y de la Magistrada Balaguer Callejón a la STC 192/2020, de 17 de diciembre.

El TC acogió hace años esta construcción teórica (de forma expresa, en su famosa STC 136/1999, de 20 de julio¹⁹⁶)¹⁹⁷, integrándola en la estructura argumental del principio de proporcionalidad como canon de ponderación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, casi siempre en relación con medidas restrictivas al ejercicio de derechos fundamentales sustantivos; (...) en casos donde se cuestiona la aplicación de sanciones penales que se consideran, por su naturaleza y extensión, desproporcionadas en el sentido de producir un desaliento a terceros para ejercer distintos derechos fundamentales”¹⁹⁸. El TEDH, por su parte, también ha recurrido a esta doctrina en numerosas ocasiones¹⁹⁹.

Entonces, una interpretación acorde a los derechos fundamentales no solo exige dejar fuera de la punición las conductas justificadas por representar el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, sino que, de acuerdo con la doctrina del *chilling effect*, impide reaccionar desproporcionadamente frente a otras que, sin estar justificadas, sean tan cercanas al derecho fundamental que su castigo genere un efecto disuasor en los ciudadanos para ejercer esos derechos ante la eventualidad de que su conducta acabe

¹⁹⁶ Esta STC, resolvió un recurso de amparo presentado contra la STS que condenaba a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna a siete años de prisión como autores de un delito de colaboración con banda armada, por haber pretendido, en periodo de campaña electoral, emitir unos videos y unas cuñas radiofónicas en las que se transmitían mensajes de ETA. El TC, apreció que se había vulnerado el derecho a la legalidad penal de los condenados, pues, aunque la conducta realizada por ellos sí constituía un delito de colaboración con banda armada del art. 174 bis a) del CP 1973, la pena prevista en dicho precepto resultaba excesiva en consonancia con los hechos: “Tal disyuntiva es precisamente la que caracteriza la configuración del delito de colaboración con banda armada según resulta del art. 174 bis a) CP 1973, en el que se combina el carácter omnicompreensivo de las formas de colaboración (‘cualquier acto de colaboración’), consustancial al tipo de legislación que nos ocupa, con la previsión de una clase de pena privativa de libertad cuyo mínimo resulta particularmente elevado. De este modo, la apreciación por parte de la Sala sentenciadora, dentro de las funciones que le son propias, de que nos encontramos ante una de dichas formas de colaboración ha arrastrado, por imperativo de la ley, la imposición de una pena que, tal como se ha razonado, no guarda proporción con las singulares circunstancias del caso. En conclusión, cabe reiterar que se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas (...). El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes (FJ 30). Sobre la importancia de esta STC: MARTÍNEZ-PUJALTE, *Persona y Derecho*, N°54, 2006, págs. 75-116; CUERDA RIEZU, en: Díez RIPOLLÉS (Coord.), *La ciencia del derecho penal*, 2002, págs. 237-256.

¹⁹⁷ Otras sentencias sobre la doctrina del efecto de desaliento: STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5. CUERDA RIEZU, en: Díez RIPOLLÉS (Coord.), *La ciencia del derecho penal*, 2002, págs. 251-252; GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2003, págs 137-138, o CUERDA ARNAU, *RGDP*, N°8, 2007, pág. 21, mencionan otras resoluciones constitucionales anteriores a la de 1999 en las que subyace esta doctrina.

¹⁹⁸ STC 140/2016, de 21 de julio, FJ 10. Reconoce también en esta Sentencia que el TC ha utilizado la doctrina asimismo para enjuiciar medidas de control administrativo o actos de sujetos privados que repercuten en derechos fundamentales.

¹⁹⁹ Entre otras muchas: STEDH 28396/95, Caso Wille contra Liechtenstein, de 28 de octubre de 1999; STEDH 1543/06, Caso Bączkowski y otros contra Polonia, de 24 de septiembre de 2007; STEDH 4524/06, Caso Yilmaz Yildiz y otros contra Turquía, de 14 de enero de 2015.

recibiendo idéntico trato. Así pues, ni la ley ni su aplicación deben conducir a disuadir a los ciudadanos del ejercicio de sus derechos fundamentales, es decir, no puede causarles un miedo a ser acusados penalmente por ejercer sus derechos de participación en la vida pública²⁰⁰. Como es obvio, toda amenaza de pena tiene un componente disuasor para la comisión de delitos, que precisamente constituye la piedra angular de la función preventivo-general de la pena. Hay que distinguir el efecto de desaliento que pueden causar determinados tipos penales o su aplicación en el ejercicio de derechos fundamentales de la función preventivo-general de la pena, pues lo que pretende frenar la doctrina del *chilling effect* es que se aplique el Derecho penal de forma desproporcionada a conductas (delictivas) muy próximas al ejercicio de un derecho fundamental, que puedan producir disuasión en otros a la hora de ejercer sus derechos fundamentales en el futuro, pero nada tiene ello que ver con la función disuasora de la pena, que lo que intenta es que no se produzcan delitos²⁰¹.

Su estrecha relación con la dimensión objetiva de los derechos fundamentales permite que el argumento de su desaliento pueda utilizarse en la práctica en diversos ámbitos de la teoría general de los derechos, pero desde un punto de vista dogmático, la sede más adecuada de este argumento está precisamente en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, y, por lo tanto, en la ponderación entre los diversos bienes jurídicos en conflicto. Esto es así, porque contribuye a valorar el peso jurídico de la medida objeto de control²⁰².

En ese mismo sentido y dando un paso más, CUERDA ARNAU reivindica la utilidad dogmática de esta doctrina como componente de la proporcionalidad penal, cuyas exigencias podrían condensarse en la prohibición de reaccionar desproporcionadamente

²⁰⁰ CUERDA ARNAU, en: CRESPO BARQUERO, *Curso: La reforma*, 2015.

²⁰¹ En este sentido: CUERDA RIEZU, en: DÍEZ RIPOLLÉS (Coord.), *La ciencia del derecho penal*, 2002, pág. 253; GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2003, pág. 137; CUERDA ARNAU, *RGDP*, N°8, 2007, pág. 22; DEMETRIO CRESPO, *Libertas*, N°1, 2013, págs. 85-86; COLOMER BEA, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N°41, 2019, pág. 112. No lo entendió así, por ejemplo, el Magistrado Mendizábal Allende en su voto particular a la STC 136/1999, de 20 de julio, en el que confunde el efecto preventivo-general de la pena con la doctrina del *chilling effect*: “la Sentencia lanza un reproche al precepto penal que a mí me parece, si lo he comprendido bien, su mayor elogio. Habla del ‘efecto disuasorio’ y del ‘potencial desalentador’. Si así fuere, mejor que mejor. Si esta norma desanima a eventuales coautores, cómplices o encubridores de actividades terroristas, habrá conseguido su función de ‘prevención general’ propia de toda pena. Si, en cambio, se pretende decir que disuade o desalienta de incurrir en estas aventuras a cualesquiera otros ciudadanos o partidos políticos, paladines y arquitectos del sistema democrático, que jamás han predicado la violencia y siempre la han condenado, actuando constantemente con absoluta lealtad constitucional, lo rechazo”.

²⁰² GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2003, pág. 138.

frente al acto ilícito. Y ello, porque la autora reconoce que el efecto de desaliento no es únicamente un problema de legalidad (de amplitud o vaguedad en los tipos penales), pues existen tipos que no plantean problemas de legalidad en sentido estricto, y, sin embargo, provocan el efecto de desaliento. La doctrina del *chilling effect* es útil para operar como exigencia adicional de justificación frente a tipos que, pese a su relativa indeterminación, pueden superar el filtro de la legalidad²⁰³.

III. Los principios rectores del Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho

La doctrina penal ha ido configurando durante siglos, pues tienen su origen en el pensamiento ilustrado, una serie de principios que deben limitar el poder punitivo estatal. Por ello son denominados, tradicionalmente y de forma extendida, “principios limitadores del *ius puniendi*”. Estos, obviamente, tienen una estrecha relación en cuanto a su reconocimiento e intensidad con el modelo político de Estado de que se trate. Con la aprobación de la CE en 1978 y la consagración de España como un Estado social y democrático de Derecho, muchos de ellos han pasado a reconocerse como “principios constitucionales” que se aplican en la materia penal y que fundamentan esta parcela jurídica²⁰⁴. Algunos están expresamente reconocidos en su texto, otros, emanan de los valores que la norma fundamental consagra o han sido reconocidos por el TC en su jurisprudencia²⁰⁵, y otros, están recogidos en los principales textos internacionales de derechos humanos.

²⁰³ CUERDA ARNAU, *RGDP*, N°8, 2007, pág. 26. La misma autora, en un trabajo posterior, lamenta que el TC, en dos sentencias más recientes en las que estaba involucrada esta doctrina, haya formulado su proscripción formalmente, pero renunciando *de facto* a aplicarla y desaprovechando las utilidades dogmáticas que brinda (CUERDA ARNAU, *InDret*, N°2, 2022, pág. 128).

²⁰⁴ Esta denominación, por ejemplo, en: ARROYO ZAPATERO, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N°1, 1987, pág. 102; GARCÍA RIVAS, *El poder*, 1996, pág. 45; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., 1999, págs. 83 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, 1999. También en: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal PG*, 5ª., 1999, págs. 65-100, aunque únicamente para algunos principios: legalidad, proporcionalidad en sentido amplio, *non bis in idem*, igualdad, presunción de inocencia y humanidad de las penas. En la misma línea, POLAINO NAVARRETE, *Lecciones PG*, T.I, 3ª ed., 2017, pág. 79.

²⁰⁵ Así, señala por ejemplo LASCURAÍN SÁNCHEZ, *InDret*, N°3/2012, págs. 12-13 y 29 que, aunque exista una ausencia textual de algunos de estos principios en la norma constitucional, el TC ha sido estricto en el dibujo del marco constitucional penal: ha interpretado la CE como comprensiva de ciertos principios limitadores del legislador penal en cuanto garantes de valores constitucionales básicos y ha dibujado con cierto rigor su contenido en el marco de dicha interpretación (y pone como ejemplo los principios de proporcionalidad y culpabilidad). Si bien después reconoce que ha sido un Tribunal más bien deferente en el juicio final de inclusión en dicho marco de las normas impugnadas.

El respeto de estos principios representa una medida crítica con la que examinar el Derecho penal en términos de legitimidad²⁰⁶. Deberán observarse no solo de *lege ferenda* como exigencia y orientación al legislador penal, sino que deben operar de *lege lata* al interpretar y aplicar el Derecho. El TC ha señalado que, en cuanto a las posibilidades interpretativas de los preceptos penales, para que estas sean conforme a la CE, siempre deberán respetar el tenor literal, partiendo de los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica y de los principios limitadores del *ius puniendi*²⁰⁷.

Existen diferentes opiniones doctrinales sobre cuál es la lista de principios, sobre su denominación, sobre su fundamentación, sobre la forma de clasificarlos, o sobre de qué exacto precepto constitucional emanan. Aquí va a partirse sobre todo de lo contenido en algunos preceptos constitucionales para fundamentar estos principios: el art. 1.1 CE, que enuncia el modelo de Estado social y democrático de Derecho, consagrando como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; el art. 9 CE, que reconoce la sujeción de los poderes públicos y de los ciudadanos a la CE y al resto del ordenamiento, la igualdad material, el principio de legalidad y la seguridad jurídica; el art. 10 CE, que consagra la dignidad de la persona; el art. 25 CE, que recoge el principio de legalidad y lo proclama derecho fundamental, y, en su segundo apartado, un mandato, según el TC, para orientar las penas y medidas de seguridad hacia la reeducación y la reinserción social. No obstante, la lista no es cerrada y podrán mencionarse otros preceptos de cara a fundamentar algunos principios (arts. 14, 15, 16 CE etc.) o su reconocimiento internacional en textos convencionales.

La doctrina ha realizado muchas clasificaciones de los principios. Entre ellas no coinciden los criterios clasificadores e incluso en algunos casos no hay criterios clasificadores. Una de las sistematizaciones más extendidas, por su fundamentación precisamente en el modelo de Estado social y democrático de Derecho que la CE proclama, es la de MIR PUIG, que se sirve de sus tres elementos para relacionar con estos los diferentes principios²⁰⁸, aunque reconoce que, dada la estrecha relación entre los tres

²⁰⁶ CANCIO MELIÁ/PÉREZ MANZANO, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), *Manual PG*, 2019, pág. 71.

²⁰⁷ Entre otras, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 7.

²⁰⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, págs. 107-140.

elementos de la fórmula Estado social y democrático de Derecho, algunos de los límites que enuncia pueden fundarse en más de uno de los elementos²⁰⁹.

Siguiendo su clasificación, el carácter de Estado de Derecho impone el sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, representado a través del principio de legalidad²¹⁰. Este principio se concreta en un reconocimiento expreso y por partida doble en la CE (arts. 9.3 y 25.1), encarnando a partir de la CE 1978 una doble dimensión como principio limitador del *ius puniendi* y como derecho fundamental. En el marco de este principio de legalidad también se insertaría el principio *non bis in idem*, pues según lo dispuesto por el TC, a pesar de que no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 CE²¹¹ que reconocen los derechos susceptibles de amparo, va íntimamente unido al principio de legalidad²¹².

La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. El art. 9.2 CE, que reconoce la igualdad material, ofrece un fundamento general a la asignación al Estado de una función de prevención de delitos. Según su texto, impone un mandato de intervención al Estado para proteger los derechos fundamentales, lo que también se materializa mediante la prevención de delitos²¹³. Así, de la idea de Estado social se derivan los siguientes principios: el de utilidad (o principio de eficacia, efectividad o idoneidad²¹⁴) y el de intervención mínima, subsidiariedad, *ultima ratio* y carácter fragmentario.

Por su parte, el Estado democrático obliga a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que se asocian al respeto

²⁰⁹ Ibid., pág. 114.

²¹⁰ Si bien también puede fundamentarse en la idea del Estado democrático, como se verá en el punto siguiente.

²¹¹ Sí se encuentra reconocido expresamente en otros instrumentos de derechos humanos, por ejemplo, en el art. 4 del Protocolo N°7 al CEDH o en el art. 14.7 del PIDCP.

²¹² STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4. De la misma opinión: BOIX REIG, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, N°4, 1983, pág. 26; RUIZ ROBLEDO, *El derecho*, 2003, págs. 282-283; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, 2004, pág. 34; QUINTERO OLIVARES/JARIA I MANZANO/PIGRAU I SOLÉ, en: LOS MISMOS (Coord.), *Derecho penal constitucional*, 2015, pág. 33. Sin embargo, alguna doctrina señala que este principio de *non bis in idem* es difícil de ubicar en el principio de legalidad, teniendo un más fácil encaje en el principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, pág. 45, señala que el *non bis in idem* tiene un claro apoyo constitucional en los principios de justicia e igualdad, y por tanto como derivación del principio de proporcionalidad. En este mismo sentido se pronuncian ARROYO ZAPATERO, *REDC*, N°8, 1983, págs. 19-20 y HUERTA TOCILDO, *REDC*, N°39, 1993, págs. 100-101, aunque poniendo ambos de manifiesto que la ubicación del *non bis in idem* en las derivaciones del art. 25.1 no les parece en absoluto desafortunada, al ser de este modo susceptible de amparo constitucional.

²¹³ MIR PUIG, *Bases*, 2011, págs. 63-64.

²¹⁴ LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, pág. 44.

de la dignidad humana (art. 10 CE) y de la igualdad (art. 9.2 CE). Así, los principios limitadores que emanan de este tercer elemento son los de: responsabilidad personal; responsabilidad por el hecho; culpabilidad en sentido estricto²¹⁵; responsabilidad subjetiva; proporcionalidad; humanidad de las penas y resocialización (con reconocimiento expreso constitucional en los arts. 10, 15 y 25.2).

Por último, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, lesividad u ofensividad, encontraría su fundamento en los tres elementos del modelo de Estado. Un Estado social y democrático de Derecho solo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. El Estado de Derecho y el principio de legalidad aconsejan que los distintos objetos cuya lesión pueda determinar la intervención penal se concreten específicamente en un catálogo de bienes jurídicos correspondientes a los distintos tipos de delito, sin que baste una referencia a cláusulas generales.

Algunos autores añaden también a los principios limitadores del Derecho penal con base constitucional el principio de igualdad y el de presunción de inocencia (y no consideran como tales algunos de los enunciados más arriba)²¹⁶. Otros autores no incluyen estos en la lista en tanto que interpretan que el principio de presunción de inocencia (reconocido como derecho fundamental en el art. 24.2 CE), constituye más un principio procesal penal; y tampoco el de igualdad, por tratarse de un principio transversal del ordenamiento.

Tras haber enunciado y ubicado los principios que deben regir en materia penal, es pertinente la exposición sucinta de algunos de ellos, pues la falta de observancia de

²¹⁵ Me refiero al principio de culpabilidad en sentido estricto como aquel que implica que para que un individuo sea condenado como culpable por la comisión de un delito es necesario que el hecho realizado le sea atribuible, reprochable. Hago la aclaración porque alguna doctrina (y el TC, por ejemplo, en su STC 185/2004, de 6 de noviembre) entiende como principio de culpabilidad algo más amplio, que abarca los principios de responsabilidad personal, el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de responsabilidad subjetiva y el propio principio de culpabilidad en sentido estricto.

²¹⁶ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal PG*, 5ª., 1999, págs. 65-100; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones PG*, 3ª ed., T.I, 2017, pág. 79, que sistematiza los principios constitucionales del Derecho penal en límites jurídico-constitucionales *stricto sensu* (que provienen de valores superiores del ordenamiento positivo, que, en general, trascienden el ámbito del Derecho penal: legalidad, igualdad, humanidad o respeto a la dignidad humana, proporcionalidad y *non bis in idem*) y en límites objetivo-funcionales (singularmente relevantes en el ámbito específico del Derecho penal: principio del acto, de culpabilidad normativa personal, de protección de bienes jurídicos, de prevención, de resocialización); ORTOS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Introducción PG*, 2020, págs. 89-90. También se incluye el principio de igualdad en: CANCIO MELIÁ/PÉREZ MANZANO, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), *Manual PG*, 2019, págs. 91-117. El TC, por su parte, ha reconocido expresamente en su STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 7, que el principio de presunción de inocencia constituye un principio limitador del ejercicio del *ius puniendi*.

estos por parte del legislador español en materia de delitos de terrorismo es manifiesta. No en vano la inmensa mayoría de las críticas doctrinales a la legislación antiterrorista se apoyan precisamente en las continuas conculcaciones de estos principios. Los principios más relevantes para el estudio son, a mi juicio, los siguientes: el principio de responsabilidad por el hecho; el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, ofensividad o lesividad; el de intervención mínima, subsidiariedad, *ultima ratio* y carácter fragmentario; los principios de humanidad y de resocialización; el principio de proporcionalidad; el principio de igualdad; el principio de presunción de inocencia; y, por supuesto, el principio de legalidad penal (reconocidos estos últimos como derechos fundamentales en los arts. 14, 24.2 y 25.1 CE, respectivamente).

1. El principio de responsabilidad por el hecho

El significado esencial que encierra este principio es que la persona responde ante el Derecho penal por sus acciones u omisiones, nunca por lo que es: nadie puede ser condenado por sus pensamientos o por características de su personalidad. En palabras de FERRAJOLI, se pueden prohibir y castigar únicamente los comportamientos lesivos y jamás las identidades o las condiciones personales, no siendo admitidas las identidades de por sí lesivas, o ilícitas, o anormales, o desviadas, o extrañas²¹⁷.

El fundamento constitucional de este principio, además de que puede derivarse de las exigencias del Estado democrático (art. 1.1 CE), encuentra encaje en otros tres preceptos: primeramente, en el art. 16 CE que consagra la libertad ideológica; en el art. 14, que proclama la igualdad ante la ley; y, después, en el art. 25.1 CE, pues solo constituirán delito (o infracción administrativa) las acciones u omisiones, y, según MIR PUIG, porque el “mandado de determinación” del principio de legalidad penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva²¹⁸.

Señalan CANCIO MELIÁ/PÉREZ MANZANO²¹⁹ dos implicaciones importantes de este principio. En primer lugar, aluden a la necesidad de definir con claridad cuándo se da una exteriorización que legitime la indagación en la esfera interna del ciudadano, por lo que deben determinarse cuáles son las características de la tentativa (art. 16 CP), en la

²¹⁷ FERRAJOLI, *Nuevo Foro Penal*, N°79, 2012, págs. 110-111.

²¹⁸ MIR PUIG, *Bases*, 2011, pág. 128.

²¹⁹ CANCIO MELIÁ/PÉREZ MANZANO, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), *Manual PG*, 2019, págs.

medida en que fija el límite general de lo punible. Muy relacionado con ello, debe ser excepcional el castigo de aquellos actos preparatorios que se ubican en el desarrollo del delito (*iter criminis*) antes del comienzo de ejecución del delito en sentido estricto, esto es, de la tentativa. Así, el CP español solo los pena en tres supuestos específicos (conspiración, proposición y provocación, arts. 17 y 18 CP, que implican todos ellos actos de comunicación y la implicación de terceros en el plan delictivo, que es una de las razones que legitiman su castigo, dado el peligro para el bien jurídico²²⁰) y exclusivamente en los casos especialmente previstos por la ley respecto de las infracciones individuales²²¹. En segundo lugar, el principio del hecho también implica que la pena no puede legitimarse solo en una nuda actitud interna, es decir, que lo que importa en la definición de una infracción criminal son exclusivamente aquellos elementos internos (opiniones, sentimientos, intenciones) que se hayan materializado, que se exterioricen en el hecho cometido. Quedarían así proscritos los delitos de mera opinión, aunque expresen un punto de vista censurable²²².

El TC ha reconocido este principio como uno de los que integra el “básico y estructural” principio de culpabilidad²²³, negando que sea constitucionalmente legítimo un Derecho penal “de autor” que determine las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de este en la comisión de los hechos²²⁴. Frente al Derecho penal del hecho que debe regir en los sistemas políticos democráticos, el Derecho penal de autor es característico de regímenes autoritarios.

2. El principio de proporcionalidad

Como se ha expuesto ya, el principio de proporcionalidad es un principio nuclear del ordenamiento jurídico. En concreto, para el Derecho penal hace referencia a la relación entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena, y rechaza el establecimiento e imposición de penas desproporcionadas respecto de la valoración social del hecho cometido. En su faceta penal no se prevé tampoco como tal expresamente en la CE, pero

²²⁰ BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, págs. 99 y ss.; LLABRÉS FUSTER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), *Comentarios a la reforma*, 2ª ed., 2015, pág. 71.

²²¹ Sobre el criterio de la excepcionalidad en la elección de los delitos cuyos actos preparatorios deberían ser punibles: BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, págs. 134 y ss.

²²² CANCIO MELIÁ/PÉREZ MANZANO, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), *Manual PG*, 2019, págs. 69-90.

²²³ Ver n.p. 215.

²²⁴ STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4.

sí en el art. 49.3 de la CDFUE: “La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”. Por su parte, el TC ha señalado que el principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena es inherente a un Estado social y democrático de Derecho como el que la CE configura (art. 1.1 CE)²²⁵, cuyo rasgo esencial es que no constituye un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales, (...) opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales²²⁶. También ha declarado el TC que el canon de control de la proporcionalidad de las penas integra igualmente principios constitucionales materiales como el de libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE²²⁷ y el de resocialización del art. 25.2 CE²²⁸, pero “no cabe deducir del art. 25.1 CE un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito”, pues la desproporción no es por sí misma causa de inconstitucionalidad en ausencia de lesión de derecho o bien constitucional claramente identificado²²⁹.

A partir de ahí, existe un amplio debate doctrinal sobre la ubicación de este principio y sobre sus fundamentos constitucionales. Así, antes indicaba que MIR PUIG lo ubica en las exigencias del Estado democrático²³⁰, si bien, entendido en su sentido más amplio, el autor lo ha calificado como el fundamento constitucional de los límites materiales del Derecho penal, pudiéndose integrar en él otros límites materiales reconocidos por los penalistas como los de necesidad de la pena, subsidiariedad, *ultima ratio*, fragmentariedad e intervención mínima y lesividad²³¹. LUZÓN PEÑA, por su parte, indica que se fundamenta asimismo político-constitucionalmente²³², como exigencia acorde con el Estado social, que responde directamente al valor constitucional de justicia (art. 1.1 CE) y al principio de igualdad (arts. 1.1, 9.2, 14 CE), que exige tratar por igual

²²⁵ STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 9.

²²⁶ STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3.

²²⁷ STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8.

²²⁸ STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3.

²²⁹ STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 3.

²³⁰ MIR PUIG, *Derecho penal PG*, 10ª ed., 2016, págs. 138-139.

²³¹ MIR PUIG, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA (Coord.), *Constitución y principios del Derecho penal*, 2010, pág. 74. Esta misma opinión en: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, pág. 260; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal PG*, 5ª., 1999, págs. 85-88; VIVES ANTÓN, *Estudios penales y criminológicos*, N°25, 2004; ALONSO ÁLAMO, *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, 2014, págs. 51-52 y 63-66; ARROYO ZAPATERO, en: DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE (Coord.), *Curso PG*, 3ª ed., 2016, págs. 143-155; CANCIO MELLÁ/PÉREZ MANZANO, en: LASCURAIN SÁNCHEZ (Coord.), *Manual PG*, 2019, pág. 81.

²³² Añadiendo también el fundamento funcional por su necesidad para cumplir la función preventivo general de la pena.

lo igual, pero desigualmente lo desigual²³³. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN afirman la vigencia de este principio a partir de la proclamación del Estado de Derecho y de la declaración de la libertad como valor superior del ordenamiento²³⁴.

Alguna doctrina considera el principio de proporcionalidad como inherente al derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE²³⁵. Otros han fundamentado también este principio en el art. 15 CE, al establecer esta la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes; pues no solo la pena de muerte y las distintas formas de ejecución son contrarias a la prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes, sino que también la pena desproporcionada con la gravedad del hecho y la culpabilidad del sujeto puede encontrarse en tensión con el principio constitucional²³⁶. Y cabe mencionar también que hay quien lo conecta con el art. 9.3 CE, que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos²³⁷.

Los tres elementos o subprincipios que integran el principio de proporcionalidad se aplicarían en Derecho penal de la siguiente forma: la idoneidad radicaría en si la amenaza de pena puede contribuir a la protección del bien jurídico en cuestión; la necesidad, en si el recurso a la sanción penal resulta imprescindible para asegurar el efecto social perseguido; y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto se cumplirá en la medida en que de una comparación entre el desvalor del hecho delictivo y la pena se colija que la última resulta adecuada²³⁸.

²³³ LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, pág. 45.

²³⁴ Aunque añaden en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal PG*, 5ª., 1999, pág. 82, que la vigencia del principio de proporcionalidad puede inducirse de otros preceptos de la CE: art. 15, al prohibir la tortura y las penas y tratos inhumanos o degradantes; art. 17.2, pues la detención preventiva no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos; art. 17.4, que obliga a fijar un plazo máximo de duración de la prisión provisional; y el art. 55.2, que prohíbe la utilización injustificada o abusiva de las facultades de suspensión para investigaciones sobre terrorismo.

²³⁵ BOIX REIG, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, N°15, 1986, pág. 23; BUSTOS RAMÍREZ, en: LOSANO/MUÑOZ CONDE (Coord.), *El Derecho ante la globalización*, 2004, pág. 406; SALÀS I DARROCHA, *Sentencias de tribunales superiores de justicia, audiencias provinciales y otros tribunales*, N°5, 2005, págs. 235-236. También el TC en su STC 136/1999, de 20 de julio. El art. 49 de la CDFUE, recoge en el mismo precepto el principio de legalidad y el de proporcionalidad, rubricando dicho artículo de esa forma.

²³⁶ TORÍO LÓPEZ, *Poder Judicial*, N°4, 1986, pág. 8; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones PG*, T.I, 3ª ed., 2017, pág. 82.

²³⁷ ARROYO ZAPATERO, en: DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE (Coord.), *Curso PG*, 3ª ed., 2016, pág. 143; AGUIAR DE LUQUE, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°14, 1993, pág. 30, refiriéndose al principio de proporcionalidad en general, no específicamente en el contexto penal.

²³⁸ CANCIO MELIÁ/PÉREZ MANZANO, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), *Manual PG*, 2019, págs. 81-82. Un desarrollo de los elementos en relación la ley penal puede verse en: LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, págs. 387-551; también en LOPERA MESA, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal*, 2010, págs. 111-117.

En materia de proporcionalidad penal, el TC parte de la idea de que la pena fijada por el legislador bajo su potestad es proporcionada, y únicamente en supuestos muy llamativos, en los que manifiestamente se dé una desproporción entre el delito y la pena podría entrar a analizar la decisión legislativa. Lo que sí ha establecido la jurisprudencia constitucional es que las normas penales pueden representar una reacción desmesurada a la conducta incriminada en virtud de la rigidez del propio marco penal establecido en la misma²³⁹. Su jurisprudencia ha sido más prolífica, como ya he señalado, en aspectos relacionados con la proporcionalidad de medidas propias del Derecho procesal penal.

3. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, ofensividad o lesividad

La tarea principal del Derecho penal es, según la doctrina mayoritaria, la protección de la sociedad mediante la tutela de bienes jurídicos. Así, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, ofensividad o lesividad, implica que el Derecho penal solo debe actuar si existe una lesión (o un peligro) para bienes jurídicos concretos dignos de tutela penal.

²³⁹ A estos efectos, es esencial la STC 136/1999, de 20 de julio, en la que se declaró desproporcionada la pena impuesta a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna (ver n.p. 196 e *infra*: Consideraciones generales sobre los delitos de colaboración terrorista). Fue en el tercero de los subprincipios de la proporcionalidad, el de la proporcionalidad en sentido estricto (de la pena), en el que el TC encontró la vulneración del principio: “la norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas”, constituyendo un dato de especial relevancia en la ponderación de los intereses en juego la aplicación de la norma penal a “la expresión de ideas e informaciones por parte de los dirigentes de una asociación política legal en el seno de una campaña electoral y dirigida a la petición del voto de los ciudadanos”. Así pues, concluyó que el precepto penal vulneraba el principio de legalidad en cuanto comprensivo de la proscripción de las penas desproporcionadas: “únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes” debido a “la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior”. Ahora bien, en la reciente STC 169/2021, de 6 de octubre, en la que el alto intérprete constitucional ha zanjado la constitucionalidad de la prisión permanente revisable, señala que el reproche de desproporción apreciado en la STC 136/1999, de 20 de julio, “no es trasladable a los tipos penales para los que se prevé la pena de prisión permanente revisable, caracterizados por una estricta delimitación de los hechos punibles, constitutivos de formas extremadamente graves de ataque a la vida humana independiente y a la libertad sexual, y en los que queda descartado de antemano todo riesgo de que en su descripción típica puedan cobijarse conductas de gravedad menor susceptibles de quebrar la correlación debida entre gravedad de la pena y gravedad del ilícito. Se trata además de conductas de imposible conexión con el ejercicio de derecho fundamental alguno”.

El principio no se reconoce expresamente en la CE, pero sí puede deducirse de ella y se asocia con las tres facetas del Estado que el art. 1.1 CE consagra²⁴⁰. ROXIN expresa que un precepto penal que no protegiera bien jurídico alguno sería nulo por constituir una intromisión excesiva en la libertad de los ciudadanos²⁴¹. Por lo que, inversamente, puede entenderse, y así lo hace abundante doctrina, que este principio en realidad es una derivación del principio de proporcionalidad²⁴². Otros, lo derivan del principio de legalidad²⁴³.

Como es obvio, este principio presenta una irremediable conexión con el concepto de bien jurídico. No es lugar aquí para realizar grandes precisiones, pues el debate doctrinal que envuelve a la teoría del bien jurídico es uno de los más longevos del Derecho penal y se mantiene vivo en la actualidad. La concreta identificación de los bienes jurídicos dignos de tutela penal es una tarea compleja, y por ello existen numerosas ramificaciones doctrinales en su fundamentación y múltiples críticas sobre la propia utilidad de la teoría del bien jurídico. Sin embargo, como bien dice DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “es mejor manejar la idea de bien jurídico a no manejarla en absoluto”²⁴⁴.

Puede hablarse de dos concepciones o líneas de pensamiento sobre el bien jurídico: las formales y las materiales. Me decanto por una concepción material, que es la que puede representar una función crítica, limitadora y orientadora del Derecho penal, exigiendo la supresión de tipos penales que realmente no protejan bienes jurídicos, y, a la inversa, la creación de nuevos tipos penales cuando haya bienes jurídicos que necesiten protección penal, pero carezcan de ella²⁴⁵. Ahora bien, ello sigue sin solucionar el

²⁴⁰ Así: MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, pág. 132; LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, pág. 41; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, *Legitimidad y técnicas*, 2019, págs. 26 y 35.

²⁴¹ ROXIN, en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (Ed.), *La teoría*, 2007, pág. 442.

²⁴² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, pág. 260; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal PG*, 5ª., 1999, págs. 85-88; VIVES ANTÓN, *Estudios penales y criminológicos*, N°25, 2004, pág. 428; ALONSO ÁLAMO, *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, 2014, págs. 51-52 y 63-66 (aunque para el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que separa del de lesividad u ofensividad); MIR PUIG, *Bases*, 2011, págs. 111-116; CANCIO MELIÁ/PÉREZ MANZANO, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), *Manual PG*, 2019, pág. 81; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, *Legitimidad y técnicas*, 2019, págs. 26 y 35. Un desarrollo sobre las relaciones entre el subprincipio de idoneidad y el principio de lesividad puede verse en: LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, págs. 395 y ss.

²⁴³ ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Introducción PG*, 2020, pág. 68.

²⁴⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: RUIZ RODRÍGUEZ/GONZÁLEZ AGUDELO (Coord.), *Transiciones de la política penal ante la violencia*, 2019, pág. 201.

²⁴⁵ LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, pág. 190; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, *Legitimidad y técnicas*, 2019, pág. 42. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: RUIZ RODRÍGUEZ/GONZÁLEZ AGUDELO (Coord.), *Transiciones de la política penal ante la violencia*, 2019, págs. 199-200, identifica esa función político criminal del concepto de bien jurídico con las dos vertientes del principio de lesividad, la negativa (no podrá protegerse penalmente lo que carezca de lesividad) y la positiva (si surgen nuevos bienes jurídicos dignos de protección penal, habrán de ser protegidos).

problema de la selección de los concretos bienes jurídicos. Pueden ayudar a ello algunas definiciones amplias como las de ROXIN o LUZÓN PEÑA. Para ROXIN, serían aquellas realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin²⁴⁶. LUZÓN PEÑA, por su parte, define los bienes jurídicos como aquellas condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto como en sus relaciones con la sociedad). Tales condiciones, según el autor, pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica²⁴⁷.

Dentro de las concepciones materiales, entre sus muchas ramificaciones doctrinales, una solución muy socorrida²⁴⁸ a la hora de seleccionar los bienes jurídico-penales es la de acudir a lo contenido en la CE, como norma fijadora de los valores más importantes para la sociedad (por lo que en realidad se trata de una materialización formal del bien jurídico²⁴⁹). Esto último es lo que se conoce como “concepción constitucionalista del bien jurídico”²⁵⁰. La doctrina dominante dentro de esta concepción del bien jurídico entiende que los bienes jurídicos dignos de tutela penal no deben necesariamente estar expresamente contenidos en los preceptos de la CE, sino que deben poder inferirse de los valores y principios generales del ordenamiento que la CE proclama²⁵¹, de lo que podrá afirmarse su carácter esencial para la sociedad²⁵² (lo que no quiere decir, por supuesto,

²⁴⁶ ROXIN, en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (Ed.), *La teoría*, 2007, pág. 437.

²⁴⁷ LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, pág. 189.

²⁴⁸ PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, pág. 278.

²⁴⁹ ALONSO ÁLAMO, *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, 2014, pág. 41.

²⁵⁰ Si bien es cierto que existen variantes dentro de esta concepción. ALONSO ÁLAMO, *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, 2014, pág. 53, señala que casi tantas como autores se han manifestado al respecto. Sobre estas vertientes, puede verse: GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución*, 1983, págs. 23 y ss.

²⁵¹ Por ejemplo: ESCRIVÁ GREGORI, *Papers: Revista de Sociología*, N°13, 1980, págs. 157-159; GARCÍA RIVAS, *El poder*, 1996, págs. 46-53; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., 1999, págs. 215-216; TERRADILLOS BASOCO, en: CAPELLA HERNÁNDEZ (Coord.), *Las sombras*, 2003, pág. 359; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en: DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE (Coord.), *Curso PG*, 2016, pág. 10; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Introducción PG*, 2020, págs. 68 y 89-90; COLOMER BEA, *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, 2021, pág. 41.

²⁵² Muy claras eran, en este sentido, las palabras de la Exposición de Motivos del Proyecto de CP 1992: “La selección de los bienes jurídicos objeto de tutela penal ha partido del marco constitucional de los derechos y libertades fundamentales. (...) El marco constitucional es, pues, una referencia inicial que permite hacer la siguiente y fundamental consideración: que todos y cada uno de los bienes jurídicos que

que todo lo contenido en la CE deba estar protegido penalmente)²⁵³. Ahora bien, ello tampoco está exento de dificultades, y el recurso a la CE, aunque puede ser de inestimable ayuda, no resuelve el problema completamente, pues los valores, derechos y principios generales constitucionales son amplios, y pueden fundamentarse bajo su estela múltiples bienes jurídicos, pudiendo llegar a desempeñar, en ocasiones, una función amplificadora más que limitadora²⁵⁴. Volveré sobre ello más adelante.

Otra cuestión es, como señala el TC, que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta deba realizarse con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho²⁵⁵. Para el TC, basta con que la norma persiga “la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes”²⁵⁶, de lo que se desprende que el legislador podría diseñar bienes jurídicos que no se encuentren expresa o implícitamente en la CE, pues es suficiente con que no vayan en contra de ella o que sean relevantes.

4. Los principios de intervención mínima, subsidiariedad o *ultima ratio* y el carácter fragmentario del Derecho penal

Dice ROXIN que la misión del Derecho penal consiste en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre, pacífica, y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos²⁵⁷. Esto precisamente describe el principio de subsidiariedad o *ultima ratio*, también conocido como “principio de intervención mínima”²⁵⁸. Este principio

tutela el CP encuentran base constitucional, y, lo que es más importante, que no hay ni un solo delito en el que no sea dable apreciar la vinculación con un valor constitucionalmente declarado”.

²⁵³ Aunque sí protege el CP la norma constitucional o el orden constitucional mismo a través de algunos de sus tipos penales: el Título XXI del Libro II CP lleva por rúbrica “Delitos contra la Constitución” e incluye la rebelión, los delitos contra la Corona, los delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes, los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales y los ultrajes a España. Al hilo de esto, alguna doctrina aboga por la ubicación sistemática de los delitos de terrorismo dentro de la rúbrica “Delitos contra la Constitución”. Ver *infra*: El bien jurídico protegido por los delitos de terrorismo en la legislación española y las opiniones doctrinales más extendidas, concretamente, la doctrina citada en la n.p. 722.

²⁵⁴ Ver *infra*: Una evolución en la relación entre los derechos fundamentales y el Derecho penal: ¿Un Derecho penal de la seguridad y un derecho fundamental a la seguridad?.

²⁵⁵ STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 2.

²⁵⁶ Entre otras, STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7; STC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 7.

²⁵⁷ ROXIN, en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (Ed.), *La teoría*, 2007, pág. 443.

²⁵⁸ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal PG*, 11ª ed., 2022, págs. 66-84.

implica, entonces, que el Derecho penal debe representar el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos.

En conexión con lo anterior, se encuentra el denominado “carácter fragmentario del Derecho penal”, según el cual el Derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino que solo debe dirigirse a los ataques más graves hacia los bienes jurídicos más importantes.

Como ya he señalado más arriba, alguna doctrina deriva estos principios también del de proporcionalidad²⁵⁹. QUINTERO OLIVARES/JARIA I MANZANO/PIGRAU I SOLÉ también lo derivan del valor libertad del art. 1.1 CE (además del de proporcionalidad), e indican incluso que, dado su indudable anclaje constitucional, a partir del que puede sostenerse la tesis de la inconstitucionalidad de las incriminaciones y castigos innecesarios²⁶⁰. Otros, lo entienden como algo más amplio que el principio de proporcionalidad²⁶¹.

5. Los principios de humanidad de las penas y de resocialización

El principio de humanidad implica el respeto a la dignidad humana en todas las facetas del Derecho penal. Encuentra expreso encaje constitucional en los arts. 10, 15 y 25.2 CE.

Por un lado, el art. 15 prohíbe las penas o tratos inhumanos o degradantes y declara la abolición de la pena de muerte (con la salvedad de lo que puedan disponer los Códigos militares en tiempo de guerra²⁶²). Por otro lado, el art. 25.2 CE reconoce la orientación hacia la reeducación y la reinserción social de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, como también prohíbe que puedan consistir en trabajos forzados. Otra concreción del principio de humanidad implica el reconocimiento para la persona que cumpla condena de sus derechos fundamentales (a excepción, claro está, de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la

²⁵⁹ MIR PUIG, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA (Coord.), *Constitución y principios del Derecho penal*, 2010, pág. 74; QUINTERO OLIVARES/JARIA I MANZANO/PIGRAU I SOLÉ, en: QUINTERO OLIVARES/JARIA I MANZANO/PIGRAU I SOLÉ (Coord.), *Derecho penal constitucional*, 2015, págs. 21-22; CANCIO MELIÁ/PÉREZ MANZANO, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), *Manual PG*, 2019, pág. 80; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Introducción PG*, 2020, pág. 74.

²⁶⁰ QUINTERO OLIVARES/JARIA I MANZANO/PIGRAU I SOLÉ, en: LOS MISMOS (Coord.), *Derecho penal constitucional*, 2015, págs. 21-22.

²⁶¹ TUORI, *Oñati socio-legal series*, Vol. 3, Nº1, 2013, pág. 9.

²⁶² Se encuentra abolida incluso en tiempos de guerra desde la aprobación de la LO 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.

pena y la ley penitenciaria) y de su derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Esto último conecta con el principio de resocialización, fin preventivo-especial positivo de la pena que queda consagrado constitucionalmente. Es importante señalar que el art. 25.2 CE, aunque ubicado sistemáticamente en el catálogo de derechos fundamentales, según el TC no constituye un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria del que no se derivan derechos subjetivos²⁶³.

6. El principio de igualdad

El principio de igualdad es otro principio transversal del ordenamiento jurídico, que, por supuesto, tiene también especial relevancia para el Derecho penal.

La CE menciona la igualdad en varias ocasiones²⁶⁴ y con distintos significados normativos, lo que demuestra su esencialidad para la conformación del Estado social y democrático de Derecho. Lo mismo ocurre con su reconocimiento a nivel internacional²⁶⁵.

En primer lugar, la igualdad se consagra como un valor superior²⁶⁶ del ordenamiento jurídico (1.1 CE), por tanto, lo informa en su totalidad y “debe colocarse

²⁶³ Entre otras resoluciones: ATC 15/1984, de 11 de enero, o STC 28/1988, de 23 de febrero.

²⁶⁴ En el texto se mencionan las referencias constitucionales a la igualdad de los arts. 1.1, 9.2, 14 CE, pero la Carta Magna también incluye la igualdad como regla de funcionamiento del Estado autonómico (arts. 139.1 y 149.1.1^o CE). También existen otros supuestos (acceso a las funciones públicas del art. 23, el deber tributario del art. 31 y la igualdad entre los cónyuges del art. 32) que concretan el principio de igualdad del art. 14 CE.

²⁶⁵ En la DUDH el derecho a la igualdad está reconocido en el art. 1 (derecho a la igualdad), en el art. 2 (derecho a la no discriminación), y en el art. 7 (derecho a la igualdad ante la ley). El PIDCP, por su parte, recoge el derecho en el art. 2 (derecho a la igualdad y a la no discriminación), en el art. 3 (igualdad de género), y en el art. 14 (igualdad ante la ley y derecho a un juicio justo). El PIDESC dispone en su art. 2.1 el derecho a la igualdad y a la no discriminación) y en el art. 3 la igualdad de género. En Europa, el CEDH prevé en su art. 14 la prohibición de discriminación y en su Protocolo N^o12; y la CFUE dedica su Capítulo III a la igualdad, y prevé la igualdad ante la ley en su art. 20, la no discriminación en su art. 21 y en su art. 23 la igualdad entre hombres y mujeres. Este derecho, también, constituye la piedra angular de otros convenios específicos de derechos humanos, como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer o la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Y además de un derecho humano, se trata de un principio crucial del Derecho internacional público.

²⁶⁶ La consideración constitucional de determinados valores como superiores del ordenamiento ha suscitado un amplio debate doctrinal sobre su naturaleza jurídica, al que aquí no es pertinente hacer alusión. Así, de los valores superiores del art. 1.1 CE (también llamados supraprincipios jurídicos) puede decirse, *grosso modo*, que tienen un contenido más abstracto que los principios constitucionales. Ahora bien, son

en un rango central”²⁶⁷. En segundo lugar, la CE reconoce en el art. 9.2 la igualdad real y efectiva o material, como un mandato de actuación dirigido a los poderes públicos²⁶⁸, conforme a los postulados del Estado social. Este precepto permite al legislador la introducción de discriminaciones justificadas que tengan como finalidad la consecución de esa igualdad real o efectiva²⁶⁹. Y, en tercer lugar, el art. 14 de la CE establece el principio de igualdad jurídica o ante la ley, que constituye un derecho fundamental a no sufrir discriminación jurídica alguna, es decir, a no ser la persona tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en su misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable para esa desigualdad de trato. Eso sí, el TC ha señalado que no contiene un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas²⁷⁰. Este principio se extiende tanto al contenido de la ley (opera frente al legislador) como a su aplicación (opera frente al órgano judicial).

La STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9, desarrolla los rasgos esenciales de su doctrina sobre el principio de igualdad, que son los siguientes: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece además de una justificación objetiva y razonable; b) el principio exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente

criterios materiales vinculantes que informan e inspiran la totalidad del ordenamiento, y son esenciales como cánones interpretativos.

²⁶⁷ STC 103/1983, de 22 de noviembre; STC 8/1986, de 21 de enero.

²⁶⁸ La Exposición de Motivos del CP declara: “se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la CE a los poderes públicos. Ciertamente que no es el CP el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias”.

²⁶⁹ La STC 98/1985, de 29 de julio, FJ 9, indica que puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 CE, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material; eso sí, no puede pretenderse su aplicación para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como un límite concreto en la actuación de los poderes públicos.

²⁷⁰ STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2.

aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos. Asimismo, en su STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10, declara que el principio de igualdad prohíbe al legislador “configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia CE, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”.

Señala PÉREZ MANZANO que el principio de igualdad ha pasado notablemente desapercibido entre los penalistas hasta épocas recientes, habiendo saltado a la actualidad a raíz de los delitos vinculados a la violencia de género. Sin embargo, esta tardía incorporación del principio a la primera línea de los principios político-criminales legitimadores del *ius puniendi* no debe ocultar su importancia para la configuración y aplicación justa de la ley penal, ni el recorrido del principio en su aplicación práctica en la jurisprudencia constitucional penal²⁷¹. No obstante, la primera afirmación de la autora es matizable. Ha sido un principio nuclear en los estudios de algunos penalistas, quizás no siempre catalogado como principio limitador del *ius puniendi*²⁷², pero sí ha servido como fundamento de importantes instituciones jurídico-penales. Así, por ejemplo, QUINTANO OLIVARES argumenta cómo el principio de igualdad puede dar sentido al principio de culpabilidad²⁷³; MIR PUIG justifica en el principio de igualdad la inimputabilidad²⁷⁴; COLAS TURÉGANO interpreta el Derecho penal de menores como una de las manifestaciones más genuinas de la igualdad, pues la respuesta diferenciada está

²⁷¹ CANCIO MELIÁ/PÉREZ MANZANO, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), *Manual PG*, 2019, pág. 100. Para un breve recorrido sobre las resoluciones del TC en relación con el art. 14 y normas penales, ver las páginas 100-103 del trabajo citado.

²⁷² Sí lo incluyen entre los principios penales: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal PG*, 5ª., 1999, págs. 65-100; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones PG*, T.I, 3ª ed., 2017, págs. 79-80; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Introducción PG*, 2020, págs. 89-90.

²⁷³ QUINTERO OLIVARES, *La Justicia penal en España*, 1998, págs. 82 y ss.

²⁷⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, págs. 559-560.

plenamente justificada en razón de las particulares características del sujeto²⁷⁵; o POLAINO NAVARRETE fija en el principio de igualdad el fundamento de legalidad penal y procesal, de las funciones del Derecho penal y de la ejecución de la pena, además de reconocer que funciona como criterio rector de otros aspectos penales, por ejemplo, en los relativos a la elección o determinación de la pena²⁷⁶.

Atendiendo la doctrina del TC antes expuesta, en Derecho penal el principio de igualdad implica recibir la misma respuesta jurídico-penal que otras personas por la realización del mismo hecho, en las mismas condiciones. Así, el principio prohíbe introducir diferencias de trato penal por razón de los sujetos frente a supuestos de hecho iguales. Hay que tener en cuenta que en la determinación de la respuesta penal no se toman en consideración solo las características del hecho, sino también las condiciones personales de autores y víctimas. En consecuencia, si las condiciones personales del autor son distintas, cabría la legítima posibilidad de tratarlo de forma distinta, pues no configuraría el mismo supuesto de hecho. Y las citadas distinciones de trato no serán contrarias al principio de igualdad si pueden justificarse razonablemente, por lo que habrá que determinar y valorar los elementos o circunstancias a partir de los cuales se articula el trato jurídico diferenciado.

El ejemplo paradigmático de trato diferenciado en Derecho penal español es el del terrorismo: las especialidades de trato penológicas, procesales y penitenciarias inundan la legislación antiterrorista, siendo todo ello abonado por la habilitación constitucional para la suspensión de determinados derechos fundamentales en investigaciones por delitos de terrorismo (art. 55.2 CE). La gravedad y el significado social de las conductas no impide establecer penas o políticas diferentes, pero en el caso del terrorismo, no todas las diferenciaciones han sido, ni mucho menos, fundamentadas razonablemente como exigiría el art. 14 CE. Por otro lado, cabe reconocer que el art. 14 CE no ha sido frecuentemente invocado en relación con medidas antiterroristas, a pesar de que el citado precepto ha sido generalmente, junto al art. 24 CE, el más invocado ante el TC²⁷⁷.

²⁷⁵ COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, 2011, pág. 74.

²⁷⁶ POLAINO NAVARRETE, *Lecciones PG*, T.I, 3ª ed., 2017, pág. 80.

²⁷⁷ ÁLVAREZ CONDE/TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, 10ª ed., 2021, pág. 305.

7. El principio de presunción de inocencia

El art. 24.2 de nuestra CE consagra como derecho fundamental el principio de presunción de inocencia. Por supuesto, también tiene un amplio reconocimiento en el Derecho internacional de los derechos humanos²⁷⁸.

La presunción de inocencia es un derecho del encausado que fundamentalmente se quebranta cuando no se ha practicado una actividad probatoria de cargo suficiente para deducir razonablemente la intervención del acusado en el delito. Según GIMENO SENDRA, en la actualidad la doctrina constitucional sobre este derecho está reconducida exclusivamente a la actividad probatoria y, dentro de ella, esencialmente a la libre valoración de la prueba; aunque, por supuesto, debiera estar presente a lo largo de todas las fases del proceso penal y de todas sus instancias, sobre todo a la hora de tomar decisiones relativas a la limitación de derechos y a la prisión provisional²⁷⁹.

La presunción de inocencia representa, según la jurisprudencia constitucional, “una insoslayable garantía procesal, que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, al gozar, entre tanto, de una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad, hasta que su conducta sea reprochada por la condena penal, apoyada en la acusación pública o privada que, aportando pruebas procesales logre su aceptación por el juez o tribunal, en relación a la presencia de hechos subsumibles en el tipo delictivo, haciendo responsable al sujeto pasivo del proceso”²⁸⁰. Esta garantía asegura que nadie resulte condenado o sancionado sino luego de una actividad probatoria de cargo en la que, mediante pruebas legítimamente obtenidas y hechas valer en el juicio, se llegue a la racional convicción de la culpabilidad de quien se halla sujeto a un proceso penal. Y esta presunción de inocencia permanece viva, desde luego, cuando se ha dictado un auto de procesamiento, pues esta resolución no supone, en sí misma, afectación alguna de tal derecho constitucional. La presunción de inocencia supone un límite al ejercicio del *ius puniendi* que se proyecta, en sustancia, sobre el régimen de la prueba en el proceso o, lo que es lo mismo, sobre el

²⁷⁸ El art. 11 de la DUDH; el art. 14.2 del PIDCP; el art. 6.2 CEDH; o el art. 48 de la CDFUE, que cuenta con un desarrollo específico mediante la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

²⁷⁹ GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA/DÍAZ MARTÍNEZ/CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, 2021, pág. 49.

²⁸⁰ STC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 2.

modo de acreditar y fundamentar, en su caso, la culpabilidad del procesado²⁸¹. Por otra parte, este derecho exige que las medidas cautelares que afecten a la libertad personal o supongan una restricción de la libre disposición de los bienes se fundamenten en un juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta, atendiendo a las circunstancias concurrentes²⁸².

Ahora bien, el principio de presunción de inocencia tiene otras dimensiones, con eficacia previa al proceso penal. Se proyecta también en el del Derecho penal sustantivo, y ello se conoce como la eficacia pre-procesal del principio²⁸³, y también en el conocido como ámbito extra-procesal o extra-penal²⁸⁴. Estas últimas dimensiones del principio implican “el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogo a éstos, sin previa resolución dictada por el poder público u órgano competente que así lo declare, y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo”²⁸⁵. Si bien es cierto que su vulneración suele reconducirse a través del derecho al honor reconocido en el art. 18 CE²⁸⁶. Y la primera, esto es, la eficacia pre-procesal de la presunción de inocencia implica que, como principio limitador del *ius puniendi*, debe vetar el empleo de presunciones de hechos, conjeturas o sospechas (fundadas en el autor, su carácter o peligrosidad) para configurar los delitos. Esta proyección del principio resulta importante para la *Segunda Parte* de este estudio, al analizar la tipificación de algunos delitos específicos de terrorismo.

Según el TC, la presunción de inocencia, a partir de su cristalización constitucional deja ya únicamente de ser un principio general de Derecho “para convertirse en un derecho fundamental que *vincula a todos los poderes públicos* y que es de aplicación inmediata”²⁸⁷, que tiene “obvia proyección como límite de potestad

²⁸¹ STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 7.

²⁸² STC 108/1984, de 26 de noviembre, FJ 4.

²⁸³ Sobre ella, ampliamente: GÓRRIZ ROYO, *TEORDER*, N°14, 2013, págs. 196-229.

²⁸⁴ La STC 109/1986, de 24 septiembre, FJ 1, lo formula como sigue: “además de su obvia proyección como *límite de la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes*, es un derecho subjetivo público que posee eficacia en un doble plano. Por una parte, opera en las *situaciones extraprocesales* (...). Opera, el referido derecho, además *y fundamentalmente en el campo procesal* (...)”.

²⁸⁵ Por todas, la STC 133/2018, de 13 de diciembre, FJ 4, y las allí citadas.

²⁸⁶ Sobre ello, STC 133/2018, de 13 de diciembre y el Voto particular formulado por el Magistrado Xiol Ríos.

²⁸⁷ STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 2.

legislativa” y al que cabe reconocer también eficacia “como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas penales vigentes”²⁸⁸.

En conclusión, dado el reconocimiento como derecho fundamental del principio, se tornarían inconstitucionales aquellos preceptos penales que establezcan una responsabilidad penal basada en presunciones de culpabilidad o en hechos presuntos en contra del reo. La forma de evitarlo pasa por exigir al legislador que los hechos que sirvan de base a los tipos penales sean susceptibles de prueba de cargo sin que impliquen una presunción de culpabilidad, como sucede si se prevén hechos presuntos. Aunque, en todo caso, el empleo de presunciones de culpabilidad en Derecho penal altera la exigencia de la jurisprudencia constitucional de que la acusación ha de soportar la carga de la prueba de la pretensión penal. Pues ya sean *iuris et de iure* o *iuris tantum*, son de apreciación automática por el juez. Y, al margen de las diferencias entre ellas, su empleo por el legislador podría ser idóneo para la configuración de delitos de sospecha. Entonces, la dimensión pre-procesal de la presunción de inocencia implicaría la proscripción de aquellos tipos penales basados en hechos presuntos inculpativos en el mismo momento legislativo, y el sustrato del delito habrá de configurarse por hechos externos concretos e imputables a un autor y objetivamente verificables en sede procesal²⁸⁹.

8. Las dimensiones de la legalidad penal

Este principio tradicional, además de ser uno de los nucleares (si no el más) para el Derecho penal, está cristalizado constitucionalmente, no ya únicamente como principio limitador al legislador, sino como derecho fundamental con las máximas garantías *ex art. 25.1 CE*, a no ser castigado penalmente sino en virtud de lo establecido legalmente.

Uno de los puntos más débiles de la actual configuración de los delitos de terrorismo del CP español tiene mucho que ver con la falta de observancia de este principio en algunos de sus extremos, sobre todo en lo que se refiere a la prohibición de indeterminación o imprecisión²⁹⁰, que seguidamente estudio.

²⁸⁸ STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1. También: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal PG*, 5ª., 1999, pág. 97; GÓRRIZ ROYO, *TEORDER*, N°14, 2013, pág. 202.

²⁸⁹ GÓRRIZ ROYO, *TEORDER*, N°14, 2013, págs. 205-208.

²⁹⁰ Así lo ha repetido la doctrina: LÓPEZ BASAGUREN/MAESTRO BUELGA, *Revista Vasca de Administración Pública*, N°21, 1988, pág. 42; CANCIO MELIÁ, *JpD*, N°44, 2002, pág. 21; ASHWORTH/ZEDNER, *Preventive Justice*, 2014, págs. 174 y 179 (en relación con la legislación británica); CANCIO MELIÁ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 57; BÖSE, en: WEYEMBERGH/GALLI (Ed.), *EU counter-terrorism offences*, 2012, pág. 76 (en relación con la legislación

Nuestro actual principio de legalidad se fundamenta en las exigencias del Estado de Derecho²⁹¹, si bien, también emana de los valores democráticos, y, por tanto, de las exigencias del Estado democrático, en tanto que son los representantes del pueblo los únicos legitimados para la creación del Derecho penal²⁹². Se concibe, entonces, como una garantía de libertad y de seguridad jurídica²⁹³.

De forma general, el art. 9.1 CE establece el sometimiento general de todos los ciudadanos y poderes públicos a la propia CE y al resto del ordenamiento jurídico y el art. 9.3 recoge el principio de legalidad general para todo el ordenamiento. También consagra el art. 117.1 CE que los órganos judiciales en la administración de justicia están “sometidos únicamente al imperio de la ley”. De forma más específica, el art. 25.1 consagra el principio de legalidad penal (y de las infracciones y sanciones administrativas) y el derecho fundamental a la legalidad penal (que, por su ubicación en la CE, goza de las más amplias garantías).

Como no podía ser de otra forma, se trata de un principio ampliamente acogido por la comunidad internacional, que ha quedado plasmado en los instrumentos internacionales de derechos humanos más importantes: art. 11.2 DUDH, art. 15 PIDCP, art. 7 CEDH²⁹⁴ y art. 49 CDFUE. Por imperativo constitucional *ex* art. 10.2, el derecho

alemana); GALÁN MUÑOZ, *RDPC*, Nº15, 2016, pág. 134; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos*, 1ª ed., 2016, pág. 992; TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, 1988, pág. 39; TERRADILLOS BASOCO, en: SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (Coord.), *Estudios Mir Puig*, 2017, pág. 1159; CIDH, OEA/Ser.L/V/II.116, de 22 de octubre, párr. 261; Informe del Relator Especial, A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de enero de 2008; Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados parte con arreglo al art. 40 del Pacto (España), Observaciones finales, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, págs. 3-4.

²⁹¹ Así lo reconoce el TC. Entre otras, la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3: “De ahí que el principio de legalidad, en el ámbito penal y aún en el sancionador, se encuentra vinculado al Estado de Derecho que la CE enuncia, esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad o el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley”.

²⁹² Esta argumentación, también está presente en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), *Manual PG*, 2019, pág. 53; LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, pág. 40. También el TC, que ha dictaminado que la exigencia de legitimidad democrática de las normas penales es garantía de intervención del pueblo en una decisión tan trascendental para sus derechos como la definición de la conducta prohibida bajo amenaza de pena (STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3).

²⁹³ Sobre ello: ATC 80/2021, de 15 de septiembre, FJ 3.

²⁹⁴ El TEDH ha considerado repetidamente que el derecho a la legalidad penal del art. 7 CEDH, como elemento esencial del Estado de Derecho, ocupa un lugar preeminente en el sistema de protección del CEDH. Ello, además, viene respaldado por el hecho de que no se permite ninguna excepción respecto de esta en virtud del art. 15, ni siquiera en tiempo de guerra o ante cualquier otra emergencia pública que amenace la vida de la nación. Entre otras: STEDH 42750/09, Caso Del Río Prada contra España, de 21 de octubre de 2013. Sobre la derogación de los derechos del CEDH, ver *infra*: La “derogación” del art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el terrorismo. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

fundamental a la legalidad penal deberá ser interpretado a la luz de estos preceptos convencionales, lo que, junto a otros preceptos constitucionales, sirve para colmar las lagunas del art. 25.1 CE a las que seguidamente me refiero.

Por su parte, el CP 1995 consagra en el Título Preliminar (“De las garantías penales y de la aplicación de la Ley”) el principio de legalidad en los art. 1.1, 2.1.1º, 4.1, y, ya en el Título I, en el art. 10. Además, extiende el principio a las medidas de seguridad *ex arts. 1.2 y 2.1.2º CP*.

La existencia y desarrollo doctrinal de las implicaciones del principio de legalidad penal vienen de antiguo. El origen doctrinal de nuestro principio de legalidad se sitúa en el contexto histórico de la Ilustración, destacando sobre la cuestión la obra de BECCARIA “*Dei delitti e delle pene*” de 1764, y su formulación por parte de FEUERBACH en su “*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*” de 1801 bajo la máxima: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

En términos generales, implica que únicamente la ley como norma emanada del poder legislativo puede determinar qué conductas son delitos y cuáles son las penas que llevarían aparejadas.

El principio ha ido concretándose y completándose desde sus primeras formulaciones. Sus implicaciones pueden aglutinarse hoy en el aforismo latino: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa*. Existen múltiples elaboraciones doctrinales sobre el alcance del principio, si bien voy a seguir la clasificación de sus implicaciones en forma de garantías y prohibiciones que realiza LUZÓN PEÑA²⁹⁵:

- En primer lugar, entraña la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), que implica que la definición de una conducta con una calificación tan grave como la de delito (o su agravación) solo puede ser efectuada por el poder legislativo, y no por el ejecutivo ni por el judicial, que solo aplicarán la ley penal.
- En segundo lugar, la denominada garantía penal (*nulla poena sine lege et sine crimine*), que supone que la fijación de la pena para las conductas delictivas ha

²⁹⁵ LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, págs. 70-75. También: MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, págs. 116-117. Similares clasificaciones, por ejemplo, para las prohibiciones, en: BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, 1999, págs. 44-45; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5ª ed., 2020, págs. 215-216; y para las garantías: DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, 2004, págs. 32-35; COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, 2011, págs. 74-79; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal PG*, 2019, 10ª ed., pág. 90; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Introducción PG*, 2020, págs. 50-51.

de llevarse a cabo también por ley (por las mismas razones de seguridad jurídica y de competencia exclusiva del poder legislativo para la formulación de las conductas delictivas). Por otro lado, las implicaciones del principio no sólo informan las penas, sino que también se extienden a las medidas de seguridad (arts. 1.2 y 2.1.2º CP). HUERTA TOCILDO identifica estas primeras garantías como configuradoras del “tipo abstracto preexistente” del derecho subjetivo a la legalidad penal (cuyas exigencias deben tomarse como punto de referencia para determinar el contenido del derecho consagrado en el art. 25.1 CE)²⁹⁶.

- Tras el reconocimiento de la garantía penal, que únicamente implicaría la obligatoriedad de prever por ley abstractamente las penas y las medidas de seguridad, esta también se ha extendido hasta el momento de la ejecución de estas.

- Por último, la doctrina identifica como una garantía derivada del principio de legalidad la garantía jurisdiccional (*nullum crimen, nulla poena sine iudicio*)²⁹⁷, según la cual no se pueden apreciar delitos ni aplicar penas ni medidas sin un juicio y una sentencia emanada de un órgano judicial independiente²⁹⁸.

El principio también entraña una serie de prohibiciones:

- En primer lugar, la prohibición de retroactividad de la ley desfavorable o que agrave la responsabilidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*)²⁹⁹.

²⁹⁶ HUERTA TOCILDO, *REDC*, N°39, 1993, pág. 85.

²⁹⁷ Aunque para LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, pág. 73, está íntimamente vinculada con el principio, no supone una derivación de este exactamente, sino que constituye una garantía autónoma derivada del Estado de Derecho y de la separación de poderes.

²⁹⁸ Lo que deriva del art. 24 CE, como ha reconocido el TC en su Sentencia 16/1981, de 18 de mayo: “No hay duda de que el art. 24.2 de la CE reconoce el viejo principio que prohíbe imponer una pena sin un juicio previo con todas las garantías. Este principio, que se suele expresar con el aforismo *nulla poena sine iudicio* o *sine previo legali iudicio*, junto con los bien conocidos que proclaman *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, constituyen el triple fundamento de la legalidad penal en todo Estado de Derecho”. También: DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, 2004, pág. 34.

²⁹⁹ Esta concreta prohibición sí está explícitamente prevista en la CE, además por partida doble (el art. 25.1 y el art. 9.3, aunque este último precepto no fija el punto de conexión con el hecho). La prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable, es decir, en perjuicio del reo, implica la garantía de no ser sorprendido *a posteriori* con una calificación como delito o de la apreciación de una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho. Esto, ha quedado reconocido por el TC, entre otras, en la STC 21/1993, de 18 de enero, FJ 5, y la STC 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 3. Ahora bien, los preceptos constitucionales no recogen un mandato de retroactividad favorable. Sí lo hacen textos internacionales de derechos humanos, por lo que, en virtud del art. 10.2 CE, deberían contribuir para interpretar los preceptos de la CE. Lo reconoce, por ejemplo, el art. 15.1 PIDCP *in fine*: “(...) Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”; o el art. 49.1 CDFUE, en casi idénticos términos: “(...) Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta”.

- En segundo lugar, la exigencia de *lex scripta* fija la ley en sentido formal como fuente agravadora o creadora de responsabilidad penal, lo que excluye la costumbre e implica la prohibición de remisión a instancias normativas inferiores.

- En tercer lugar, el principio de legalidad implica, como consecuencia de las exigencias de *lex scripta et stricta*, la prohibición de la analogía desfavorable al reo o *in malam partem*.

- Y, por último, también derivada de la idea *lex stricta (certa) et scripta*, la prohibición de indeterminación o imprecisión, también formulada como “mandato de precisión, determinación, certeza o taxatividad”.

Vistas las enunciaciones del principio en el ordenamiento jurídico y las garantías y prohibiciones que ha desarrollado la doctrina, cabe realizar algunas precisiones en cuanto al contenido del derecho fundamental atendiendo a su formulación constitucional. Se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina lo impreciso de la redacción del art. 25.1 CE³⁰⁰, sobre todo, por la utilización de la expresión “legislación”³⁰¹ (que no deja claro si existe o no reserva de ley³⁰²), por no explicitar todas las garantías que implica el principio de legalidad, y por extenderlo en el mismo precepto al Derecho administrativo sancionador.

Es por lo que algunos argumentan que, debido al deficiente reconocimiento constitucional del derecho a la legalidad penal, su contenido (delimitado constitucionalmente) no podrá entrañar todas las garantías y prohibiciones enunciadas (pues en el citado precepto se recogerían únicamente de forma expresa las dos primeras garantías del principio de legalidad). Esta última posición no puede compartirse, pues debe interpretarse que el art. 25.1 CE aglutina íntegramente el contenido del principio de legalidad desarrollado a lo largo de tanto tiempo³⁰³, ya que, como bien indica el TC, aunque la CE ha elevado al supremo rango el principio, no lo ha introducido en nuestro

³⁰⁰ HUERTA TOCILDO, *REDC*, N°39, 1993, pág. 86; GARCÍA RIVAS, *El poder*, 1996, pág. 69; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., 1999, pág. 112; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, 2004, págs. 88-90; LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, pág. 70.

³⁰¹ El art. 25.1 CE no solo consagra el principio de legalidad penal, también el de las infracciones y sanciones administrativas. La utilización del término “legislación” para referirse a todo ello induce a confusión, pues, si se entiende ampliamente el término legislación, este también podría extenderse a los reglamentos. Existe acuerdo doctrinal en que debe interpretarse este término como ley en sentido estricto.

³⁰² De ahí que surja la necesidad de acudir a otros preceptos constitucionales, por ejemplo, los arts. 53.1, 81.1 y 10.2 CE. En este sentido: ARROYO ZAPATERO, *REDC*, N°8, 1983, pág. 11; QUINTERO OLIVARES, *La Justicia penal en España*, 1998, pág. 122.

³⁰³ HUERTA TOCILDO, *REDC*, N°39, 1993, págs. 81-82. Sobre esto, también: PERANDONES ALARCÓN, *Anuario de Filosofía del Derecho*, N°36, 2020, págs. 394-409.

ordenamiento, en el que tiene una vigencia secular³⁰⁴. HUERTA TOCILDO argumenta que se trata de un derecho subjetivo cuyo *nomen* y alcance es previo al momento legislativo concreto en que es acogido por una regulación determinada, incluida la constitucional, estando, por consiguiente, dotado de un tipo abstracto preexistente con el que dicha regulación puede contrastarse a efectos de comprobar si el indicado derecho resulta en ella reconocible, o, por el contrario, ha quedado desvirtuado, y, por otra, responde a unos intereses jurídicos cuya necesaria protección impone una serie de exigencias para que pueda hacerse real y efectiva³⁰⁵. De hecho, reconoce la autora que el TC, a través de sus interpretaciones, ha ido incorporando al derecho fundamental todos los elementos característicos del principio de legalidad penal que aparecen plásticamente reunidos en la conocida expresión *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta, stricta et certa*, esto es: la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal, las prohibiciones de retroactividad de las normas penales desfavorables y de la analogía *in malam partem* y el mandato de taxatividad en la descripción de los tipos penales³⁰⁶.

8.1. La prohibición de indeterminación o imprecisión o “mandato de precisión, determinación, certeza o taxatividad”

He señalado al principio del epígrafe que una de las más graves críticas a los tipos penales de terrorismo y a otras normas en la materia es precisamente su indeterminación o imprecisión.

La seguridad jurídica como base sobre la que se asienta el principio de legalidad impone la determinación precisa de las conductas típicas, y también exige que la aplicación de la ley sea previsible para los destinatarios³⁰⁷.

Respecto de este mandato, afirma el TC que “el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible en la descripción de los tipos penales, promulgando normas concretas, claras,

³⁰⁴ STC 89/1983, de 2 de noviembre.

³⁰⁵ HUERTA TOCILDO, *REDC*, N°39, 1993, págs. 82-83.

³⁰⁶ HUERTA TOCILDO, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, págs. 897-898.

³⁰⁷ De acuerdo con jurisprudencia del TEDH la ley penal ha de reunir unas condiciones cualitativas, como las de accesibilidad (ha de poder ser conocida por los afectados), y previsibilidad (deben ser previsibles los resultados de la conducta contemplada por la norma penal), tanto para la definición de un delito como para la pena que este implica (STEDH 42750/09, Caso Del Río Prada contra España, de 21 de octubre de 2013).

precisas e inteligibles”³⁰⁸. Ahora bien, asumiendo las características propias del lenguaje, que no permiten una “claridad y precisión absolutas”³⁰⁹. Además, “toda norma penal admite diversas interpretaciones, como consecuencia natural de, entre otros factores, la vaguedad del lenguaje, el carácter abstracto de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo”³¹⁰. Esta argumentación es similar a la del TEDH. El Tribunal de Estrasburgo ha constatado que la redacción de muchas leyes no tiene una precisión absoluta, y, debido a la necesidad de evitar una rigidez excesiva y de adaptarse a los cambios de situación, muchas de ellas se sirven de fórmulas más o menos flexibles, cuya interpretación y aplicación depende de la práctica³¹¹. Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial³¹².

Para el TC, los supuestos que vulnerarían el derecho a la legalidad penal serían aquellos “tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra, de los órganos judiciales”³¹³. Ahora bien, esta declaración no sirve de especial ayuda dada su amplitud, por lo que el TC ha ido perfilando criterios más específicos. Se permite “que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación ‘permita un margen de apreciación’”³¹⁴, pues “lo sustantivo es que el legislador penal debe conformar sus preceptos de tal modo que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada”³¹⁵. Así, serán acordes con el art. 25.1 CE los preceptos o términos legales que, aun siendo indeterminados, sean determinables: “no vulnera la exigencia de *lex certa* que incorpora el art. 25.1 CE la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada”³¹⁶. Al respecto, la STC 151/1997, de 29 de septiembre, indica que “el déficit de la ley sólo

³⁰⁸ STC 142/1999, de 22 de julio FJ 3.

³⁰⁹ STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7.

³¹⁰ STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7.

³¹¹ STEDH 14307/88, Caso Kokkinakis contra Grecia, de 25 de mayo de 1993.

³¹² STEDH 42750/09, Caso Del Río Prada contra España, de 21 de octubre de 2013.

³¹³ STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 2.

³¹⁴ STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7.

³¹⁵ STC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 2.

³¹⁶ STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1.

es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el juez lo colma (...) este proceso de concreción de las cláusulas relativamente indeterminadas a que aludimos, ha de hacerse, según hemos dicho, de modo explícito (...) Y la única manera de llevar a cabo esta tarea de conformidad con el art. 25 CE es hacer expresas las razones que determinan la antijuricidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud constitucional del castigo. Ello significa que, como sucede en el ámbito de otros derechos fundamentales, también la garantía del citado precepto constitucional puede vulnerarse por la ausencia de un adecuado razonamiento que ponga de manifiesto el cumplimiento de sus exigencias”. Ahora bien, la citada sentencia también reconoce en su FJ 3 que el legislador no puede formular tipos tan abiertos que conviertan a los órganos judiciales en legisladores, ni hacer un uso indiscriminado de cláusulas normativas abiertas, ya que las mismas solo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos.

Por otro lado, esta prohibición de indeterminación o mandato de taxatividad no rige solo para la fijación de los delitos y sus características, sino también para la determinación de sus consecuencias penales, es decir, para las penas y para las medidas de seguridad. Esta garantía material tiene como fundamento constitucional permitir al ciudadano predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen una infracción y el tipo y grado de sanción del que pueden hacerse merecedores quienes las cometan. Así, este derecho garantiza conocer de antemano no solo la conducta proscrita, sino también la eventual sanción que pueda merecer el infractor, ya que ello afecta a la calidad de la ley, esto es, a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma en el ámbito penal (STC 126/2021, de 3 de junio, FJ 3).

IV. Tendencias actuales del Derecho y del proceso penal: la *seguridad* como criterio rector y la “relajación” o supresión de algunos principios

Desde las últimas décadas del siglo pasado, las legislaciones penales de nuestro entorno están experimentando cambios acelerados y profundos tanto en cuanto a sus principios inspiradores como en lo que a derechos fundamentales se refiere, lo que pone en entredicho algunas de las cuestiones expuestas más arriba.

La denominada posmodernidad, la globalización, la “sociedad del riesgo”³¹⁷ o el Estado preventivo³¹⁸, son, entre otros, los espacios descritos por sociólogos y juristas en los que se mueven las distintas formulaciones doctrinales de los cambios (o la *crisis*³¹⁹) del Derecho penal desde las décadas finales del Siglo XX hasta la actualidad. Así, se han caracterizado estas tendencias bajo distintas denominaciones: la *expansión* del Derecho penal³²⁰, del Derecho penal del riesgo³²¹, de la justicia preventiva³²² o del Derecho penal de la seguridad³²³, aludiendo a distintos aspectos relacionados con las transformaciones que se han producido en el Derecho penal de las últimas décadas.

Todas estas tendencias por las que transita el Derecho penal de nuestro tiempo han constatado una “relajación” o incluso una preterición de los principios que deberían respetarse en un Derecho penal acorde a los elementos de un Estado social y democrático de Derecho. No se trata de una situación nueva³²⁴, pero sí de una situación que ha ido agravándose con el paso de los años, dando lugar a un cambio de paradigma en lo que a los principios tradicionales del Derecho penal se refiere. Y no solo del Derecho penal material, sino también del procesal penal, pues ambos están unidos³²⁵, y su relación es

³¹⁷ BECK, *La sociedad del riesgo global*, 2002, *passim*.

³¹⁸ HUSTER, en: HUSTER/GARZÓN VALDÉS/MOLINA FERNÁNDEZ, *Terrorismo y derechos fundamentales*, 2010, págs. 12-15. ZEDNER, en: ALONSO RIMO (Dir.)/COLOMER BEA (Coord.), *Derecho penal preventivo*, 2019, pág. 64, señala a este respecto que las afirmaciones sobre el “surgimiento del Estado preventivo” deben ser entendidas como reconocimiento de que el recurso a las leyes y a las medidas preventivas ha aumentado en los últimos años, pero no ha de ocultar el hecho de que la prevención es consustancial a la búsqueda de seguridad por parte del Estado y que es una cuestión que ha estado siempre presente en la historia del pensamiento político y jurídico.

³¹⁹ HASSEMER, *ADPCP*, T.45, 1992, págs. 235-250.

³²⁰ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2006, *passim*.

³²¹ Discusión en la que destaca la denominada “Escuela de Frankfurt”. PRITTWITZ, en: ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN/NEUMANN, *Crítica y justificación*, 2003, págs. 259-288, indica que el Derecho penal del riesgo se caracteriza por el acogimiento de nuevos candidatos en el ámbito de los bienes jurídicos, por el adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible, y, finalmente, por la reducción de las exigencias para la reprochabilidad, lo que se expresa en el cambio de paradigma que va de la hostilidad para el bien jurídico a la peligrosidad para el mismo” (pág. 262); HERZOG, en: ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN/NEUMANN, *Crítica y justificación*, 2003, págs. 249-258, reconoce que el diagnóstico y la crítica de las manifestaciones del Derecho penal, que pueden englobarse bajo el concepto “Derecho penal del riesgo”, constituye uno de los puntos centrales de interés que caracterizan a la Escuela de Frankfurt, aunque no es tanto un concepto jurídico-penal dogmático como una categoría diagnóstico-temporal desde un punto de vista crítico-cultural (pág. 249).

³²² ASHWORTH/ZEDNER, *Preventive Justice*, 2014; BORJA JIMÉNEZ, *ADPCP*, T.70, Nº1, 2017, págs. 28-71.

³²³ VERVAELE, en: BARONA VILAR (Coord.), *Justicia civil y penal en la era global*, 2017, págs. 459-480; SIEBER, en: SIEBER/MITSILEGAS/MYLOPOULOS/BILLIS/KNUST (Ed.), *Alternative Systems of Crime Control*, 2018, págs. 3-38; BARONA VILAR, *Revista bolivariana de Derecho*, Nº27, 2019, págs. 35 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Revista penal México*, Nº19, 2021, págs. 157-174.

³²⁴ Ya la identificaban, por ejemplo, HASSEMER, *ADPCP*, T.45, 1992, págs. 235-250; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2006, págs. 4-5.

³²⁵ HASSEMER, *ADPCP*, T.45, 1992, pág. 246.

indisoluble: principios como el *in dubio pro reo* y el de presunción de inocencia van dando paso al *in dubio pro víctima* y a una presunción de culpabilidad³²⁶. También en su versión pre-procesal, cuando proliferan delitos de sospecha, esto es, aquellos en los que se castiga determinada situación, estatus o posición del sujeto activo, por la pura sospecha que entrañan de cometer un ulterior delito³²⁷. SCHÜNEMANN también denuncia desde hace años que uno de los principios centrales del proceso penal de los ordenamientos continentales, que sería la búsqueda de la verdad material y el esclarecimiento de los hechos, es abandonado en beneficio de los acuerdos (en España, las conformidades), que persiguen otros principios como los de eficacia o utilidad³²⁸.

El carácter fragmentario del Derecho penal y su catalogación como *ultima ratio* del sistema se han ido progresivamente diluyendo. La ley penal ha dejado de ser la última respuesta posible del legislador para pasar a ser un instrumento normal en la regulación de las relaciones sociales³²⁹. Anteriormente se ha apuntado que el Derecho penal debe respetar el principio de lesividad, ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Sin embargo, los delitos de peligro abstracto proliferan para proteger bienes jurídicos colectivos, anticipando de esta forma la intervención del Derecho penal, sin que en algunos supuestos se pueda detectar siquiera peligro remoto. Los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes se amplían (o incluso, se crean) y con ello la misma intervención penal. Se justifica la aprobación de nuevas leyes en la protección de bienes jurídicos ambiguos o indefinidos (“seguridad”, “paz pública”, etc.). Se otorga tutela a bienes jurídicos que en realidad representan sentimientos colectivos³³⁰, que se plasman frecuentemente en delitos de expresión u opinión. Se elevan a la categoría de delitos autónomos conductas que constituyen actos preparatorios o se intensifica la criminalización de estos últimos, que, en ocasiones, al encontrarse tan alejados del delito de referencia, son imposibles de conectar con él o con la lesión o peligro a algún bien jurídico merecido de protección. Dada la formulación típica de muchos delitos de reciente introducción se hace difícil la distinción entre conductas de ejecución y meros actos preparatorios, difuminándose el momento que marca la existencia de un “hecho” (cuando

³²⁶ CORCOY BIDASOLO, *Revista de Derechos Fundamentales*, N°8, 2012, pág. 46.

³²⁷ GÓRRIZ ROYO, *TEORDER*, N°14, 2013, pág. 208.

³²⁸ Sobre ello: SCHÜNEMANN, *Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”*, 1991, págs. 49-58.

³²⁹ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema*, 5ª ed., 2021, pág. 464.

³³⁰ Sobre ello: HÖRNLE, en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (Ed.), *La teoría*, 2007, págs. 375-392.

se da principio a la ejecución y nace la tentativa)³³¹. Por ello, la observancia del principio del hecho también puede ser puesta en entredicho en algunos tipos penales. Alguna doctrina se atreve a afirmar que en ciertas parcelas del ordenamiento penal se está asistiendo a la infiltración de un Derecho penal de autor³³² (y de forma especialmente llamativa, en materia de terrorismo³³³). La cada vez más común tipificación de conductas alejadas de la lesión (y de la puesta en peligro) de bienes jurídicos (bien definidos) tiene como consecuencia que el castigo vaya dirigido a conductas que pueden llegar a cometerse potencialmente. Así, un hecho no acontecido sino evitado al que el Derecho penal pretende dar respuesta, solo puede concebirse en el plano de la hipótesis o la conjetura, pues no despliega efectos en el mundo físico³³⁴, por lo que el peligro de acudir a características del autor y no del hecho en sí se vuelve apremiante (pues no existirían hechos a los que acudir).

Además de esta ampliación cuantitativa del Derecho penal, la formulación de sus normas se vuelve cada vez menos exigente. El Derecho penal se quiere flexible y generalizado para poder dar una respuesta a los problemas sociales que surgen³³⁵, lo que supone una “relajación” de las prohibiciones que implica el principio de legalidad. En la legislación penal antiterrorista concretamente, el Derecho penal se sobredimensiona para no dejar escapar ninguna conducta, lo que da entrada a la parcela del Derecho penal con más graves consecuencias penológicas, procesales y penitenciarias a todo tipo de situaciones, pudiendo algunas no estar relacionadas en absoluto con el fenómeno que *generalmente* se entendería como violencia terrorista. Más tarde se comprobará cómo muchos de los delitos de terrorismo vigentes se encuentran definidos mediante fórmulas alarmantemente vagas e imprecisas, contando muchos de los tipos con largas

³³¹ CANCIO MELIÁ/PÉREZ MANZANO, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), *Manual PG*, 2019, pág. 73.

³³² PÉREZ CEPEDA, en: PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, págs. 32-33; TERRADILLOS BASOCO, *Nuevo Foro Penal*, N°87, 2016, págs. 40 y 48; ALONSO RIMO, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, págs. 255-256.

³³³ Pueden citarse algunos ilícitos penales cuya definición del injusto viene dada por elementos eminentemente subjetivos, como el enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), la difusión de consignas o mensajes terroristas (art. 579.1 CP), el adoctrinamiento pasivo terrorista (art. 575.1 CP), el autoadoctrinamiento/autoadiestramiento terrorista (575.2 CP), el traslado o establecimiento en el extranjero con fines terroristas (art. 575.3 CP), o, fuera del terrorismo, la justificación del genocidio (art. 607.2 CP, declarado en parte inconstitucional por la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la expresión “nieguen o” del primer inciso del art. 607.2).

³³⁴ LÓPEZ ORTEGA/ALCOCEBA GIL, en: JUANATEY DORADO/SÁNCHEZ-MORALED A VILCHES (Dir.), *Derechos del condenado y necesidad de pena*, 2018, pág. 107.

³³⁵ Ya lo denunciaba HASSEMER, *ADPCP*, T.45, 1992, pág. 245.

enumeraciones de conductas típicas, lo que supone un mal entendimiento de la exigencia de taxatividad³³⁶. Esto queda patente, de entrada, en la definición de los delitos de terrorismo introducida por la LO 2/2015 en el art. 573 CP y también en otros muchos aspectos del resto de los delitos que componen el Capítulo, siendo un ejemplo paradigmático de ello el delito de colaboración del art. 577 CP³³⁷. La prohibición de indeterminación que integra el principio de legalidad y que es igualmente predicable de las penas también queda en entredicho por la vigente pena de prisión permanente revisable, que, por supuesto, se aplica a los que causen la muerte de alguna persona al cometer delitos de terrorismo (art. 573 bis 1.1ª CP). Por otro lado, la prohibición de retroactividad de la ley desfavorable o que agrave la responsabilidad penal también ha quebrado en algún momento en relación con personas presas por terrorismo (y por otros delitos graves) con la aplicación de la cuestionada “doctrina Parot” del TS (STS 197/2006, de 28 de febrero), derogada por la STEDH 42750/09, Caso Del Río Prada contra España, de 21 de octubre de 2013.

En lo que se refiere a los principios de humanidad y de resocialización, es cierto que estos marcan una progresiva tendencia a la humanización de las sanciones penales, haciéndolas menos duras en duración y en contenido aflictivo hasta donde sea compatible con su eficacia preventiva³³⁸. Aunque esta progresiva humanización es un hecho, también lo es que, en los últimos tiempos, existe una tendencia a la exasperación penal y un redescubrimiento de la inocuización³³⁹, sobre todo para determinados tipos de delincuencia. Como ejemplos pueden citarse la fijación del límite máximo de cuarenta años de cumplimiento mediante la LO 7/2003; la imposición de un período de seguridad para la progresión en grado para determinadas clases de delitos; la medida de libertad vigilada aplicable a los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, terrorismo, homicidio, asesinato, lesiones y violencia familiar habitual; la expulsión de los extranjeros; o la introducción de la prisión permanente revisable por la LO 1/2015, declarada constitucional por la STC 169/2021, de 6 de octubre. Las penas privativas de libertad de larga duración o permanentes como las citadas plantean serios reparos con respecto a los principios de humanidad y resocialización, pues ni pueden ir orientadas a

³³⁶ CORCOY BIDASOLO, *Revista de Derechos Fundamentales*, N°8, 2012, pág. 55.

³³⁷ Ver *infra*: Consideraciones generales sobre los delitos de colaboración terrorista.

³³⁸ LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, pág. 48.

³³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2006, págs. 157 y ss., lo ha denominado como “el retorno de la inocuización”. Sobre ello, también: DEL ROSAL BLASCO, *RECPC*, N°11, 2009, págs. 20-35.

la reinscripción en el sentido del art. 25.2 CE, ni sus efectos irreversibles para el penado eluden las prohibiciones del art. 15 CE, además de suponer una regresión en el sentido humanizador de la pena³⁴⁰. La declaración de constitucionalidad de la prisión permanente revisable es el perfecto respaldo para su mantenimiento en el ordenamiento, lo que augura además una ampliación de los supuestos a los que será aplicable en un futuro.

Tanto las construcciones doctrinales anteriormente descritas como el diagnóstico de la crisis principal del Derecho penal tienen en común de un modo u otro la influencia de la cuestión securitaria, y que son fenómenos que se insertan en un tipo de sociedad que se describe como insegura. SILVA SÁNCHEZ, por ejemplo, se refiere a “sociedad de la inseguridad sentida (o sociedad del miedo)” al hablar de las causas de la expansión del Derecho penal³⁴¹; BARONA VILAR, describiendo el endurecimiento de las respuestas penales, señala que paulatinamente se ha ido fomentando el peor miedo que se puede sentir, el vivir en una “sociedad del miedo a la gente”³⁴²; POLAINO NAVARRETE, que señala que “el fenómeno más característico de las sociedades actuales es la conciencia del riesgo”³⁴³; o ZAFFARONI, que habla de una “confusa *ideología de seguridad total*, que anuncia una nueva forma de aparición del totalitarismo”³⁴⁴. Así pues, parece que existe una *generalizada demanda de seguridad* proveniente de una *sensación generalizada de inseguridad*. Este sentimiento de inseguridad y de incertidumbre, hoy, lo inunda todo: la inseguridad es económica, es sanitaria, es laboral, es medioambiental, etc. Aunque obviamente, y aquí es lo que interesa, la inseguridad cobra especial importancia en el ámbito penal, como aquella preocupación social por la delincuencia, y, sobre todo, como aquella posibilidad acuciante de ser la víctima de un delito, que hace reclamar del Estado una política criminal que proteja frente a ese *riesgo* y que persiga y castigue dichos actos³⁴⁵. Dejando a un lado, pues sería alejarse demasiado de la cuestión que me ocupa, las razones por las que esta sensación de inseguridad está tan extendida³⁴⁶.

³⁴⁰ Sobre esto, puede verse: Apartado B) del voto particular de los Magistrados Xiol Ríos y Conde-Pumpido Tourón y de la Magistrada Balaguer Callejón a la STC 169/2021, de 6 de octubre.

³⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2006, págs. 20 y ss.

³⁴² BARONA VILAR, *Revista bolivariana de Derecho*, N°27, 2019, pág. 33.

³⁴³ POLAINO NAVARRETE, *Lecciones PG*, T.I, 3ª ed., 2017, pág. 69.

³⁴⁴ ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal PG*, 2007, pág. 272.

³⁴⁵ Reclamos al Estado también alimentados por la extendida sensación de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema (DÍEZ RIPOLLÉS, *Anuario de Filosofía del Derecho*, N°22, 2005, pág. 22). También en este sentido: GÜNTHER, en: ASHWORTH/ZEDNER/TOMLIN (Ed.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, 2013, pág. 70.

³⁴⁶ Puede enunciarse como especial factor contribuyente la manera de transmitir la información a los ciudadanos, ya sea desde los medios de comunicación o desde los poderes públicos. Sobre ello: SILVA

Este “dogma de la seguridad” ha llevado a un nuevo objetivo del Derecho penal: la garantía de la seguridad a través de la anticipación y la prevención³⁴⁷, siendo el criterio legitimador del sistema penal los presuntos delitos evitados³⁴⁸ que ha hecho evolucionar el Derecho penal reactivo hacia un Derecho penal anticipativo³⁴⁹. Se abandona la perspectiva del daño causado por el delito (mediante la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos) y se sustituye por el paradigma del riesgo como criterio determinante de la intervención preventiva del Derecho penal. La cuestión, ahora, no es reprimir la causación de daños y, a través de ello, intentar prevenir futuras comisiones de delitos, sino que el objetivo prioritario de la política criminal parece ser la búsqueda de la máxima seguridad, minimizando o neutralizando los factores que provocan riesgos³⁵⁰.

Se intensifica el acento sobre la seguridad en parcelas específicas del Derecho penal, como el crimen organizado, el narcotráfico o el terrorismo, y, más recientemente, la corrupción. Primero, se introducen en las legislaciones penales tipos asociativos o de organización, que no exigen la comisión concreta de un delito, sino únicamente la agrupación de personas con ese objetivo; se penan cada vez más actos preparatorios; se tipifican actos de soporte financiero o material o de simple posesión³⁵¹. Pero actualmente, la anticipación llega ya a tales extremos que se penalizan en el Derecho español (y de otros países³⁵²) conductas que ni siquiera pueden catalogarse como actos preparatorios³⁵³, pues son conductas de las que no se puede derivar la preparación del delito de referencia o que están muy alejadas del peligro o la lesión para algún bien jurídico. Se penan como delitos actos que son materialmente preparatorios de otros delitos, hasta prácticamente

SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2006, págs. 32-41; BRANDARIZ GARCÍA, en: FARALDO CABANA/PUENTE ABA/SOUTO GARCÍA (Coord.), *Derecho penal de excepción*, 2007, págs. 139-160; GARCÍA ARÁN/BOTELLA CORRAL (Dir.), *Malas noticias*, 2008.

³⁴⁷ SIEBER, en: SIEBER/MITSILEGAS/MYLONOPOULOS/BILLIS/KNUST (Ed.), *Alternative Systems of Crime Control*, 2018, pág. 4.

³⁴⁸ CANCIO MELIÁ/PÉREZ MANZANO, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), *Manual PG*, 2019, pág. 79.

³⁴⁹ LÓPEZ ORTEGA/ALCOCEBA GIL, en: JUANATEY DORADO/SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES (Dir.), *Derechos del condenado y necesidad de pena*, 2018, pág. 90.

³⁵⁰ DEL ROSAL BLASCO, *RECPC*, N°11, 2009, págs. 20 y 28.

³⁵¹ VERVAELE, en: GONZÁLEZ CANO, *Integración europea y justicia penal*, 2018, págs. 220-221.

³⁵² Por ejemplo, en Alemania, algunos delitos de terrorismo introducidos en 2009 y 2015, como los contenidos en los § 89a o 91 StGB. Sobre ello, ver n.p. 1413.

³⁵³ Por ejemplo: los delitos de adoctrinamiento y adiestramiento pasivo y autoadoctrinamiento y autoadiestramiento (art. 575.1 y 2); el de traslado o establecimiento con fines terroristas (art. 575.3); el enaltecimiento y la justificación del terrorismo (art. 578); la difusión de consignas o mensajes terroristas (art. 579.1).

penetrar en la fase interna del delito. Entonces, no es únicamente que carezcan de justificación político criminal, sino que chocan frontalmente con la CE.

Y, por otro lado, como he señalado anteriormente, para alcanzar la pretendida seguridad se retorna a la inocuización del sujeto como fin de la pena. VERVALE advierte que cuando la prevención de la peligrosidad se convierte en el mecanismo desencadenante para el castigo penal, el sistema de justicia penal está en riesgo de convertirse en un sistema de seguridad³⁵⁴, que ya no solo aspira a frenar a los delincuentes potenciales, sino más bien a defender a los que no lo son³⁵⁵.

Este paradigma de la seguridad actúa ya no sólo para fenómenos criminales complejos como los mencionados, sino que se extiende a todo tipo de delincuencia: DÍEZ RIPOLLÉS lo ha descrito como “el nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”³⁵⁶. Esto puede constatarse, en el Derecho penal español, con una mirada hacia las numerosas reformas penales a partir de 1995³⁵⁷: la política criminal gira claramente en torno al concepto de seguridad (y, junto con ella, a los principios de prevención y eficacia³⁵⁸) y en torno a la sensación social de inseguridad. Y respecto de esta última, como señala BRANDÁRIZ GARCÍA, lo verdaderamente relevante no es el nivel objetivo de inseguridad, sino la percepción social de la misma³⁵⁹. Baste para verificarlo la lectura de algunos fragmentos de los Preámbulos de las reformas penales (y administrativas) más significativas de los últimos años³⁶⁰. No en vano el “CP de la democracia” ha pasado a

³⁵⁴ VERVALE, en: BARONA VILAR (Coord.), *Justicia civil y penal en la era global*, 2017, págs. 459-480.

³⁵⁵ PITCH, *Soft Power*, Vol. 3, Nº1, 2016, págs. 96-97.

³⁵⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº22, 2005, págs. 13-52.

³⁵⁷ También lo pone de manifiesto: SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho de defensa*, 2017, págs. 43 y ss.

³⁵⁸ O, al menos, la “apariencia de eficacia”, como señala BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, pág. 141.

³⁵⁹ BRANDÁRIZ GARCÍA, en: FARALDO CABANA/PUENTE ABA/SOUTO GARCÍA (Coord.), *Derecho penal de excepción*, 2007, pág. 139.

³⁶⁰ Estas supuestas *demandas sociales de seguridad* y la *sensación generalizada de inseguridad* sirven de justificación al legislador para acometer reformas, generalmente para endurecer las normas penales. Recojo algunos ejemplos de distintos Preámbulos: LO 7/2003: “*La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves*, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, *protección que el Estado de Derecho no sólo puede, sino que tiene la obligación de proporcionar*”; LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP: “*pretende la adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, (...) de acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales, con el fin de conseguir que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual*”; LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LORPM: “*Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales (...) afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social*”; LO 5/2010: “*Se hace*

designarse por algunos como el “CP de la seguridad”³⁶¹. Entonces, la finalidad de las políticas penales tiende a ser, cada vez más, la reducción de la sensación social de inseguridad ante el delito, y no tanto la mera limitación de las tasas de criminalidad. Sin embargo, la percepción subjetiva de inseguridad es desproporcionada en relación con la entidad objetiva de los peligros. En consecuencia, hay que tener en cuenta, por un lado, que la inseguridad ante la criminalidad es una construcción social, en la que el efectivo riesgo criminal cumple un papel relativamente secundario³⁶². Y, por otro, que la frenética sucesión de reformas penales como respuesta a las supuestas demandas sociales de mayor

necesario, (...) contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan *conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado* que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad”, “A la inversa, la localización permanente, (...) puede ser el instrumento adecuado para combatir con mayor rigor y eficacia los supuestos de reiteración de faltas *que han generado una especial inseguridad ciudadana en los últimos tiempos*”; Anteproyecto de CP 2012: “*La necesidad de fortalecer la confianza en la administración de justicia* hace necesario poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, *sean percibidas en la sociedad como justas*”; LOPSC 2015: “*Las demandas sociales de seguridad ciudadana van dirigidas esencialmente al Estado, pues es apreciable una conciencia social de que sólo éste puede asegurar un ámbito de convivencia en el que sea posible el ejercicio de los derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de aquellos*”; LO 1/2015: “En la prisión permanente revisable, (...), se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a *garantizar la seguridad de la sociedad*, como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social”, “También se ofrece respuesta al grave problema que plantean actualmente los delitos cometidos en explotaciones agrarias o ganaderas (...) que conllevan la causación a sus propietarios de un perjuicio extraordinariamente elevado, (...), y son causa de una *grave sensación de desprotección e inseguridad para quienes los sufren*”, “Asimismo, se prevé una agravación de la pena para los supuestos de comisión de estos delitos a través de internet u otros medios de comunicación social, así como para los supuestos en los que se trate de conductas que, por sus circunstancias, o por el contexto en el que se produzcan, resulten idóneas para alterar la paz pública o *menoscabar gravemente el sentimiento de seguridad de los integrantes de los grupos afectados*”; LO 2/2015: “La Resolución 2178 del Consejo de Seguridad recoge la *honda preocupación de la comunidad internacional* por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo”, “Este fenómeno de los combatientes terroristas desplazados es, en este momento, *una de las mayores amenazas a la seguridad de toda la comunidad internacional y de la UE en particular*”, “las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas *que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional*”; Ley 36/2015, de Seguridad Nacional, de 28 de septiembre: “en el mundo actual, y en el entorno más previsible para el futuro, los actores y circunstancias que ponen en *peligro los niveles de seguridad*, se encuentran sujetos a constante mutación, y es *responsabilidad de los poderes públicos* dotarse de la normativa, procedimientos y recursos que le permitan responder con eficacia a estos desafíos a la seguridad. (...) Esta ley se dicta con el propósito de *responder a esta demanda*, que viene *siendo expresada por los agentes de la Seguridad Nacional integrados en las Administraciones Públicas, por el sector privado y por la sociedad en general*” (cursivas añadidas).

³⁶¹ ACALE SÁNCHEZ, *Revista de Derecho penal*, N°26, 2018, pág. 231.

³⁶² BRANDARIZ GARCÍA, en: FARALDO CABANA/PUENTE ABA/SOUTO GARCÍA (Coord.), *Derecho penal de excepción*, 2007, pág. 140. También: FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, 2012, pág. 219; CORCOY BIDASOLO, *Revista de Derechos Fundamentales*, N°8, 2012, pág. 49. En relación con ello, BARATTA, *Revista catalana de seguretat pública*, N°8, 2001, pág. 26, señala que la investigación sociológica en el tema de la inseguridad y de la demanda de pena ha demostrado que derivan solo en parte de una percepción directa del riesgo de la criminalidad, pues representan en gran medida la canalización de frustraciones que dependen en realidad de la insatisfacción de otras necesidades y de otros derechos.

protección³⁶³ ha erosionado otra seguridad, la seguridad jurídica³⁶⁴. Y ello porque la inflación y urgencia penal suelen ir acompañadas de textos legales que técnicamente son cuestionables; que presentan dificultades interpretativas y concursales; que se alejan de las categorías dogmáticas asentadas; que olvidan los principios que deben regir el Derecho penal y que no se adecúan a una política criminal conforme a los derechos fundamentales. Veremos cómo la legislación antiterrorista vigente es un claro ejemplo de todo ello.

Otra característica fundamental de la cuestión securitaria es que sus acciones no se ciñen al ámbito del Derecho penal. GÜNTHER describe la existencia de una “arquitectura transnacional de la seguridad”³⁶⁵, formada por el Derecho penal, el Derecho policial, las medidas de inteligencia y las operaciones militares, que no circunscribe sus límites a las fronteras nacionales, sino que se extiende al conjunto de países que persiguen en común el mismo objetivo de procurar seguridad³⁶⁶ (y que, además, se agrupan en organizaciones internacionales para la consecución de ese mismo objetivo³⁶⁷).

Este conjunto de acciones securitarias que ya no se limitan al ámbito penal, tiene el ejemplo por antonomasia en el terrorismo, sobre todo a raíz de los atentados del 11-S³⁶⁸. La securitización en el ámbito del terrorismo, de hecho, se ha infiltrado tanto en

³⁶³ Y digo supuestas, porque no solo son las demandas sociales de seguridad las que están detrás o aceleran las reformas penales, de hecho, existen presiones más fuertes provenientes de otros “poderes”, como las provenientes de los lobbies o grupos de presión.

³⁶⁴ MARTÍNEZ GARAY, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU/GÓRRIZ ROYO (Ed.), *Acción significativa*, 2017, pág. 273.

³⁶⁵ También se refiere a esto SIEBER, en: SIEBER/MITSILEGAS/MYLOPOULOS/BILLIS/KNUST (Ed.), *Alternative Systems of Crime Control*, 2018, págs. 7-22, que indica que el “Derecho de la seguridad” no sólo es privativo del Derecho penal, sino que se combina con otros regímenes jurídicos para formar una nueva arquitectura de la seguridad.

³⁶⁶ GÜNTHER, en: LEYVA MARTÍNEZ (Coord.), *La teoría crítica*, 2005, pág. 355; también en: GÜNTHER, en: ASHWORTH/ZEDNER/TOMLIN (Ed.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, 2013, pág. 71.

³⁶⁷ Sirvan de ejemplo: la ONU, que cuenta con un órgano encargado del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (el Consejo de Seguridad); la OTAN, cuyo objetivo es garantizar la libertad y la seguridad de sus miembros a través de medios políticos y militares; la OSCE, cuyo objetivo es la mejora de la seguridad colectiva a través de distintos ámbitos de acción; o la UE, que instituye un “espacio de libertad, seguridad y justicia”, una política exterior y de seguridad común (PESC), una política común de seguridad y defensa (PCSD), o la implementación de la llamada “*Security Union*” a través de la “Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad”, COM(2020) 605 final, de 24 de julio de 2020.

³⁶⁸ Como se explica detenidamente en otro lugar de este trabajo (ver *infra*: La evolución funcional del Consejo de Seguridad y sus Resoluciones sobre terrorismo), el Consejo de Seguridad considera todos los ataques terroristas como una “amenaza para la paz y seguridad internacionales” a partir de su Resolución 1368 (2001), y con él, los demás órganos de la ONU. El Departamento de Seguridad Nacional español también cataloga al terrorismo en su Estrategia Nacional contra el Terrorismo como una “amenaza directa la vida y la seguridad de los ciudadanos, que pretende socavar nuestras instituciones democráticas”. Puede consultarse su texto completo en: <https://www.dsn.gob.es/es/documento/estrategia-nacional-contra-terrorismo-2019> (último acceso 19/03/2023).

todos los niveles y aspectos de la sociedad que es percibida actualmente como una verdad incontestable³⁶⁹. Por ello, en mi opinión, el concepto de “arquitectura trasnacional de la seguridad” es muy útil para ilustrar las distintas parcelas del Derecho y de la política (nacionales e internacionales) que quedan afectadas por el tándem seguridad-terrorismo. Y el problema fundamental que presentan este conjunto de acciones es que, al ser un sistema mixto (pues contiene también medidas de carácter militar, sancionatorio, policial, administrativo y de inteligencia), no cuenta con las garantías que (todavía) presenta el Derecho y el proceso penal, que, bajo la mirada de algunos poderes (políticos o agencias de seguridad) se presentan como una respuesta inadecuada al problema del terrorismo³⁷⁰. De hecho, el carácter híbrido del tratamiento del terrorismo está haciendo evolucionar el modelo acusatorio y sus principios de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción se ven cada vez más diluidos al dar entrada al proceso penal a las pruebas obtenidas por los servicios de inteligencia³⁷¹.

V. Breve referencia a un contramodelo: el Derecho penal del enemigo

En el seno de las tendencias del Derecho penal antes enumeradas, cuyo punto en común es, a mi juicio, la cuestión securitaria, ha surgido una corriente que no solo contraviene algunos de los principios que se han descrito anteriormente (principio del hecho, *ultima ratio*, ofensividad, proporcionalidad, legalidad, igualdad o resocialización) y que colisiona con otras previsiones constitucionales y de derechos humanos, sino que, en puridad, constituye la negación del Derecho³⁷². Tanto es así que ha recibido una

³⁶⁹ DAVIES-BRIGHT, en: FOOTER/SCHMIDT/WHITE/DAVIES-BRIGHT (Ed.), *Security and International Law*, 2016, pág. 221.

³⁷⁰ Crítico con ello, DAVIES-BRIGHT, en: FOOTER/SCHMIDT/WHITE/DAVIES-BRIGHT (Ed.), *Security and International Law*, 2016, pág. 223.

³⁷¹ Sobre ello, más ampliamente: ALCOCEBA GIL, en: MORENO CATENA/ARNAIZ SERRANO (Dir.)/MARTÍNEZ SOTO (Coord.), *El Estado de Derecho a prueba*, 2017, págs. 140- 146.

³⁷² En este sentido, PRITTWITZ, en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN/MIR PUIG (Coord.), *La política criminal en Europa*, 2004, pág. 108, indica que la construcción de JAKOBS, en realidad, no es “Derecho”, sino guerra contra los malos y peligrosos; FERRAJOLI, *JpD*, N°57, 2006, pág. 3, califica el concepto del Derecho penal del enemigo como un oxímoron, en tanto que representa una contradicción en los términos: representa la negación del Derecho penal, la disolución de su papel y de su íntima esencia, dado que la figura del enemigo pertenece a la lógica de la guerra, que es la negación del Derecho, del mismo modo que éste es la negación de la guerra. CANCIO MELIÁ, por su parte, indica que el Derecho penal del ciudadano es un pleonasma, y el Derecho penal del enemigo, una contradicción en los términos (JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, pág. 61). ALDAVE ORZAIZ, *La guerra global contra el terrorismo*, 2018, pág. 207, resalta la contradicción que supone bautizar como Derecho penal “del enemigo” un Derecho penal pretendidamente discriminatorio cuando, en rigor, y atendiendo a la tradición internacionalista, la noción de “enemigo” implica, precisamente, un reconocimiento de estatus jurídico

respuesta (crítica) doctrinal a nivel internacional como pocas³⁷³. Me refiero, como no podía ser de otro modo, al Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*), concepto acuñado por JAKOBS en 1985³⁷⁴, que siguió desarrollando posteriormente. La menciono por su importancia para este estudio, pues sin lugar a duda, el *enemigo* por excelencia de nuestra época es el *terrorista* (aunque la infiltración de esta teoría en la realidad legislativa no se circunscribe únicamente a este ámbito delictivo, pues se dice que sus caracteres están presentes también en otras parcelas de la legislación penal: delitos contra la libertad sexual, la delincuencia organizada, el narcotráfico, etc.).

Esta teoría de JAKOBS la desarrolla a partir de elementos de la teoría del funcionalismo normativo que sigue. El funcionalismo normativo bebe de dos doctrinas científicas: una sociológica (teoría de los sistemas sociales de LUHMANN) y otra filosófica (la filosofía dialéctica idealista de HEGEL). La primera influye en la concepción funcionalista de la sociedad, y, la segunda, en la noción funcionalista de persona y también en la teoría funcionalista de la pena. JAKOBS concibe el Derecho como parte integrante de la sociedad, como un sistema social parcial o un subsistema de la sociedad³⁷⁵. Los conceptos esenciales del sistema funcionalista son: “norma”, “persona” y “sociedad”. Sobre esta base, el funcionalismo jurídico-penal es definido por JAKOBS como aquella teoría según la cual “el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”³⁷⁶. Y aquí cabe hacer una aclaración sobre el término “persona” en JAKOBS. El autor distingue entre “persona” e “individuo”. El concepto de persona se limita al de persona *en Derecho*, y a quien no es persona en Derecho se le denomina “individuo”³⁷⁷. El individuo representa el estado natural y pertenece al entorno, al ambiente. La persona, en cambio, conforma la sociedad, y es por ello destinataria de normas jurídicas y titular de derechos y deberes³⁷⁸. Ahora bien, quien

igual al propio. Esta desviación por parte de JAKOBS con respecto a la noción de “enemigo” en Derecho internacional da cuenta del desgaste que está sufriendo dicha categoría en el orden jurídico internacional.

³⁷³ La producción doctrinal a partir del concepto de Derecho penal del enemigo de JAKOBS es extensísima. Cito, a modo ejemplificativo, en español, la amplia obra colectiva en dos volúmenes: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Derecho penal del enemigo*, Vols. 1/2, 2006. No obstante, insiste RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo*, 2012, pág. 40 en que son significativos los sectores doctrinales y judiciales que muestran su complacencia y tienden a dotar de legitimación teórica al Derecho penal del enemigo.

³⁷⁴ Lo presentó en una conferencia en Frankfurt a la que llamó “*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*”, publicada en español en: JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, págs. 293-324.

³⁷⁵ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, págs. 20-21.

³⁷⁶ *Ibid.*, pág. 15.

³⁷⁷ JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal*, 2004, pág. 69.

³⁷⁸ *Ibid.*, pág. 66.

no presta una mínima garantía cognitiva de comportamiento fiel al Derecho, se excluye a sí mismo³⁷⁹.

Entonces, según la teoría del autor alemán, el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico (enemigo, que, en el sentido funcionalista, indica el mayor grado de oposición a la norma jurídica). No todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico, pues aquellos que ofrecen garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal son personas y deben ser tratados como tales. Por el contrario, quien no preste una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el *derecho a la seguridad* de las demás personas³⁸⁰. Así, cuando es evidente que el delincuente ya no puede prestar ninguna garantía cognitiva de su personalidad porque ha abandonado el Derecho de forma presuntamente duradera y lo manifiesta a través de su conducta, ya no es persona, sino una fuente potencial de delincuencia, un enemigo³⁸¹.

Mucha doctrina distingue fases en la teoría de JAKOBS³⁸², pues se dice que existe un cambio en el pensamiento del autor alemán, que en 1985 expone su teoría del Derecho penal del enemigo como una crítica a la legislación represiva, para pasar a justificarla en trabajos posteriores³⁸³, ante la comprobación de que dicha represión avanzaba. Por ello, según él, sería necesaria una legitimación parcial de su teoría precisamente como modo de detener el crecimiento del propio Derecho penal del enemigo³⁸⁴ (aunque no se aporten

³⁷⁹ Ibid., págs. 66 y ss.

³⁸⁰ JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, págs. 47-48.

³⁸¹ JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal*, 2004, págs. 45 y 69.

³⁸² PRITTWITZ, en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN/MIR PUIG (Coord.), *La política criminal en Europa*, 2004, págs. 110 y ss.; CALLEGARI/ARRUDA DUTRA, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*, Vol.1, 2006, págs. 329-331; GÓMEZ MARTÍN, *El derecho penal de autor*, 2007, págs. 268-279; ZAFFARONI, *El enemigo*, 2006, págs. 135-136; GRECO, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*, Vol. 1, 2006, págs. 1088-1092, aunque realiza más una distinción sobre la discusión doctrinal sobre el concepto; ZÖLLER, *Terrorismusstrafrecht*, 2009, págs. 273-277; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5ª ed., 2020, págs. 108-109.

³⁸³ JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, págs. 19-56; JAKOBS, *HRRS*, N°3, 2004, págs. 88-95. En 1999, con ocasión de unas conferencias de Derecho penal en Berlín, JAKOBS dice que el Derecho policial resulta insuficiente para luchar con eficacia contra los enemigos de la sociedad; y que por ello se impone la necesidad de establecer medidas de institucionalización de la exclusión de los enemigos. En 2003, confirma el autor este segundo punto de vista y fundamenta su posición.

³⁸⁴ ZAFFARONI, *El enemigo*, 2006, págs. 135-136.

pruebas empíricas sobre su utilidad para ello³⁸⁵). Otros autores, sin embargo, ponen de manifiesto que las contribuciones de JAKOBS son producto de un análisis coherente en su sistema funcionalista, de manera que en su pensamiento no hay rupturas ni cambios, sino una evolución lógica³⁸⁶.

Las notas definitorias de este Derecho penal del enemigo, además de la fundamental distinción entre *ciudadanos* (personas) y *enemigos* (no-personas) serían las siguientes: un amplio adelantamiento de las barreras de punibilidad; un incremento de las penas aplicables de los enemigos frente a las aplicables a los ciudadanos; la relajación o supresión de garantías procesales (como “ejemplo clásico” de ello, cita JAKOBS la incomunicación³⁸⁷) y penitenciarias; o el juicio de peligrosidad del enemigo³⁸⁸.

Según JAKOBS, esta distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo representa dos ideales que difícilmente aparecerán de modo puro en la realidad. Para él, ello describe dos polos de *un solo* mundo o muestra dos tendencias opuestas dentro de *un solo* contexto jurídico-penal, lo que revela que es posible que ambas tendencias se superpongan, es decir, que se solape el trato al autor como persona o su tratamiento como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros³⁸⁹. Por ello ha puesto de manifiesto que el Derecho penal del enemigo debe ser “limitado a lo necesario”³⁹⁰. Aunque debe partirse de su ilegitimidad como sistema por negar la igualdad y la dignidad de las personas, la inadmisibilidad de su doctrina también se fundamenta en que la diferenciación dentro de un Estado de Derecho de dos Derechos penales, como el autor pretende, no debería admitirse, pues “toda teorización en tal sentido es por esencia autoritaria”³⁹¹. Y aunque JAKOBS plantee la legitimidad de su doctrina como un Derecho acotado para determinados supuestos, la experiencia histórica demuestra cómo el Derecho de excepción acaba convirtiéndose en Derecho ordinario³⁹². De hecho, las particularidades que caracterizan el Derecho penal de los enemigos sí pueden

³⁸⁵ PRITZWITZ, en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN/MIR PUIG (Coord.), *La política criminal en Europa*, 2004, págs. 118-119.

³⁸⁶ POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, 2009, pág. 71.

³⁸⁷ JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal*, 2004, pág. 44.

³⁸⁸ *Ibid.*, págs. 43 y ss.

³⁸⁹ JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, págs. 21-22.

³⁹⁰ JAKOBS, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*, Vol. 2, 2006, pág.

87.

³⁹¹ ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal PG*, 2007, pág. 273.

³⁹² *Ídem.*

identificarse en el Derecho penal, en el procesal penal y en el penitenciario³⁹³. Y, como no podía ser de otro modo, es en el contexto del terrorismo donde algunas de las notas más arriba descritas se perciben con mayor nitidez (aunque, por supuesto, van fagocitando otras parcelas del Derecho penal). Pero, además, se ha hecho un uso de este discurso del enemigo a partir del 11-S para justificar todas las medidas limitadoras y vulneradoras de derechos fundamentales a los (presuntos) terroristas, llegando incluso a fundamentar doctrinas justificadoras de la tortura³⁹⁴, que, como sabemos, no solo está prohibida por numerosos tratados internacionales y constituciones nacionales, sino que constituye una prohibición de *ius cogens* internacional.

JAKOBS hace referencia explícita a los terroristas como enemigos o como no-personas en Derecho³⁹⁵. Tras el 11-S, sostiene que tratar al terrorista como ciudadano que ha cometido un error se torna difícil. No pone en duda que también un terrorista puede ser representado como delincuente que debe ser penado por parte de cualquier Estado que declare que sus hechos son delitos, pues los delitos siguen siendo delitos, aunque se cometan con intenciones radicales y a gran escala. Pero esa fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito impone al Estado una atadura: la necesidad de respetar al autor

³⁹³ Mucha doctrina pone de manifiesto estas infiltraciones. Algunos ejemplos: CANCIO MELIÁ, *JpD*, N°44, 2002, págs. 19-26; FERRAJOLI, *JpD*, N°57, 2006, págs. 3-10; CALLEGARI/ARRUDA DUTRA, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*, Vol.1, 2006, págs. 334-340; TENORIO SÁNCHEZ, *REP*, N°71-72, 2008, págs. 564-567; LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, págs. 197 y ss.; LANDA GOROSTIZA, *RECPC*, N°12-10, 2010, pág. 1; GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/CARPIO BRIZ, DAVID (Coord.), *La seguridad pública*, 2010, págs. 59-60; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo*, 2012, págs. 23-54; FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, 2012, págs. 394 y ss.; ALONSO ÁLAMO, *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, 2014, pág. 433; GIL GIL, en: AMBOS/MALARINO/STEINER (Ed.), *Terrorismo y derecho penal*, 2015, págs. 332-333; LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 197; TERRADILLOS BASOCO, *Nuevo Foro Penal*, N°87, 2016, págs. 30 y ss.; ROIG TORRES, en: PÉREZ CEPEDA (Dir.)/RUIZ ARIAS (Ed.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo*, 2017, págs. 223-238; CAMPO MORENO, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, págs. 1309 y ss.; GÓRRIZ ROYO, *RECPC*, N°22, 2020, págs. 40 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, en: DE VICENTE MARTÍNEZ/GÓMEZ INIESTA/MARTÍN LÓPEZ/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/NIETO MARTÍN (Ed.), *LH Arroyo Zapatero*, Vol. I, 2021, págs. 593 y ss., que señala que algunos delitos del CP (cita los arts. 510, 575, 577.2, 578 y 579) “no solo confirman la virtualidad de la tesis de JAKOBS sobre la institucionalización del peligro abstracto y la equiparación entre actos preparatorios y delito consumado sino que, sorprendentemente, llegan aún más lejos de lo pretendido por aquel autor”. Por otro lado, el propio JAKOBS pone varios ejemplos relacionados con el Derecho antiterrorista alemán, para mostrar cómo algunas de esas medidas de excepción se disfrazan como normales en un Estado de Derecho, siendo en realidad medidas propias del Derecho penal del enemigo, que deberían ser diferenciadas (JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal*, 2004, págs. 43 y ss.; y JAKOBS, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*, Vol. 2, 2006, págs. 90-92).

³⁹⁴ Sobre ello, puede verse: PINO GAMERO, *La lucha contra la tortura en el orden internacional*, 2017, págs. 145-215.

³⁹⁵ JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, págs. 21, 41-42; JAKOBS, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*, Vol. 2, 2006, págs. 87-92.

como persona, que, frente a un terrorista, resulta inadecuada. Así, para el autor, quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos “guerra” y “proceso penal”. Con otras palabras: quien no quiera privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho, debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada³⁹⁶.

No le falta razón a GONZÁLEZ CUSSAC cuando apunta que el Derecho penal del enemigo no es una novedad teórica, sino que representa más bien una formulación nueva que se inscribe dentro del tradicional pensamiento autoritario³⁹⁷. Efectivamente, la piedra angular del Derecho penal del enemigo es la distinción entre personas y no-personas, entre ciudadanos y enemigos. Niega la afirmación fundamental y más básica de los derechos humanos, según la cual todas las personas tienen los mismos derechos, y niega también la dignidad de la persona. Por ello, debe ser considerado ilegítimo por principio, a pesar del intento de algunos por dotar esta doctrina de justificaciones o por considerarla como la irremediable solución a la que está abocado el Derecho. No obstante, y más propiamente, a quien habría que considerar *enemigo* (en sentido figurado) sería precisamente a quien defienda o propulse este tipo de distinciones, y sería *enemigo* de la idea fundamental de derechos humanos y de dignidad de la persona como valor supremo³⁹⁸. Como manifiesta PRITTWITZ, todos aquellos que postulan un sistema penal de corte autoritario han encontrado en la teoría de JAKOBS la “bendición” científica y filosófica a su planteamiento³⁹⁹.

Partiendo de una perspectiva analítica que me parece valioso traer a colación un argumento de GRECO que sostiene que, si el concepto de Derecho penal del enemigo está claro desde el punto de vista semántico, no lo está en lo referido a las finalidades o funciones que con él se intenta alcanzar en el discurso científico. Y distingue el autor tres posibles funciones. En primer lugar, es posible ver en el concepto un instrumento analítico para describir el Derecho positivo. Algunas normas del ordenamiento jurídico serían entonces caracterizadas como tal, lo que no significa que sean buenas o malas por ese

³⁹⁶ JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, págs. 41-42.

³⁹⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, *Revista penal*, N°19, 2007, pág. 52, artículo en el que se propone demostrar esta afirmación conectando la doctrina con referencias históricas, pero también recientes. De la misma opinión: PINO GAMERO, *La lucha contra la tortura en el orden internacional*, 2017, pág. 202.

³⁹⁸ Sobre ello: MENKE/POLLMANN, *Filosofía de los derechos humanos*, 2010, págs. 46-75.

³⁹⁹ PRITTWITZ, en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN/MIR PUIG (Coord.), *La política criminal en Europa*, 2004, pág. 119.

motivo. Esa utilización sería propia de un *concepto descriptivo* del Derecho penal del enemigo. En segundo lugar, se puede emplear el término como *crítico-denunciador*, cuando al caracterizar una norma como de Derecho penal del enemigo, se quiere estigmatizarla por antiliberal y contraria al Estado de Derecho. Y, por último, un concepto *legitimador-afirmativo*, que consistiría en la formulación teórica de sus presupuestos de legitimidad y afirmarlos. Tras enunciar y explicar estas tres posibilidades, acaba GRECO por afirmar que el Derecho penal del enemigo no tiene cabida en la ciencia del Derecho penal. No sirve para justificar un determinado precepto, ni para describirlo, ni para criticarlo. Como concepto legitimador-afirmativo, es nocivo; como concepto descriptivo, no es posible, pues la palabra enemigo está tan cargada valorativamente que parece difícil emplearla únicamente para describir; y como concepto crítico, en el mejor de los casos; innecesario. Si queremos que la razón mantenga su lugar en el Derecho penal, no queda en él lugar para el Derecho penal del enemigo, concepto irracional por estar cargado de emociones⁴⁰⁰.

VI. Una evolución en la relación entre los derechos fundamentales y el Derecho penal: ¿Un Derecho penal de la seguridad y un derecho fundamental a la seguridad?

Ya se ha hecho referencia a la obligación de los Estados de proteger los derechos fundamentales de forma positiva, garantizándolos efectivamente y promoviendo su ejercicio. Una forma de protegerlos, como se ha adelantado, viene de la mano de la utilización del *ius puniendi*, cuyas posibilidades en este particular están experimentando una expansión. Por ello, se dice que la relación entre derechos fundamentales y Derecho penal sufre desde hace décadas una transformación, produciéndose un cambio paradigmático en la tradicional concepción, según la cual, dicha relación se basaba en que los primeros servían de límite al segundo. Estos dos perfiles de los derechos humanos han sido denominados por la doctrina como “la espada y el escudo de los derechos humanos”⁴⁰¹; o como “el papel defensivo y ofensivo de los derechos humanos”⁴⁰². Cada

⁴⁰⁰ GRECO, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*, Vol. 1, 2006, págs. 1093, 1102 y 1111. Estas ideas también están presentes en: ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5ª ed., 2020, pág. 109.

⁴⁰¹ TULKENS, *JICJ*, N°9, 2011, pág. 577, y AMBOS, *RECPC*, N°22, 2020, pág. 6, n.p. 25, atribuyen esta expresión a la exjueza de la CPI Christine Van den Wyngaert.

⁴⁰² TULKENS, *JICJ*, N°9, 2011, págs. 579.

vez se potencia más la función del Derecho penal como herramienta de protección de los derechos⁴⁰³, y se desarrolla la idea de que la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos incluiría un deber de protegerlos por medio del Derecho penal: ya sea de forma preventiva, mediante la criminalización de conductas o mediante el ejercicio del *ius puniendi* contra el autor en el caso particular como objeto de un derecho de la víctima del delito⁴⁰⁴. Esto último se ha designado como “la cara represiva de los derechos humanos”⁴⁰⁵, que se traduce en unas “obligaciones positivas” o “deberes positivos” de diversa índole en materia penal que ya han comenzado a asentarse en la jurisprudencia de la CIDH y del TEDH⁴⁰⁶. También lo ha puesto de manifiesto nuestro TC, indicando que se ha dado una progresión en la jurisprudencia de algunos tribunales de derechos humanos a partir de una interpretación evolutiva de sus respectivos instrumentos de referencia, que inserta la obligación positiva de persecución de los delitos en el más amplio deber de protección de los derechos humanos que recae sobre los Estados⁴⁰⁷. Entonces, se trata de una jurisprudencia, como califica TOMAS-VALIENTE LANUZA, conformada desde la perspectiva de la eventual vulneración por el Estado de derechos de la *víctima* del delito, y no, como es habitual en la tarea de control del *ius puniendi* estatal ejercida a nivel constitucional, desde la de eventuales excesos sancionadores lesivos de garantías reconocidas al reo⁴⁰⁸. La actual búsqueda de la seguridad intensifica sin género de dudas esta transformación.

⁴⁰³ DE LUIS GARCÍA, en: BARONA VILAR (Ed.), *Claves*, 2019, págs. 624 y 632. También: GÜNTHER, en: ASHWORTH/ZEDNER/TOMLIN (Ed.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, 2013, pág. 86; VIGANÒ, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, págs. 312 y 323; LAZARUS, en: ROBERTS/ZEDNER (Ed.), *LH Andrew Ashworth*, 2012, pág. 136; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *InDret*, N°3, 2016, págs. 12 y 26; SOTOMAYOR ACOSTA/TAMAYO ARBOLEDA, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 20, N°1, 2018, págs. 214; AMBOS, *RECPC*, N°22, 2020, págs. 7 y ss.

⁴⁰⁴ VIGANÒ, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, pág. 312.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, pág. 311.

⁴⁰⁶ En similar sentido, con respecto a un deber positivo de criminalización, pueden verse las sentencias de los Tribunales Constitucionales alemán y español sobre el aborto. En la BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975, que indica que, cuando la obligación de protección constitucional de la vida en formación no puede lograrse de otra manera, el legislador está obligado a utilizar los medios del Derecho penal para salvaguardarla. La BVerfGE 88, 203, de 28 de mayo de 1993, la fundamenta en la prohibición de infraprotección (*Untermaßverbot*). Nuestro TC, por su parte, en su STC 53/1985, de 11 de abril, “esta protección que la CE dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”.

⁴⁰⁷ ATC 80/2021, de 15 de septiembre, FJ 6.

⁴⁰⁸ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *InDret*, N°3, 2016, pág. 3. También: VIGANÒ, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, pág. 312; AMBOS, *RECPC*, N°22, 2020, págs. 7 y ss.

Los deberes positivos del Estado relativos al ejercicio del *ius puniendi* se pueden clasificar del siguiente modo: deberes positivos de criminalización, de investigación y de sanción suficiente y de ejecución de la pena⁴⁰⁹. Cabe aclarar que estos deberes a los que me refiero emanan de normas de derecho humano o fundamental y son “impuestos” por los tribunales guardianes de esas normas; no me refiero, entonces, a los deberes de criminalización asumidos por los Estados al formar parte de convenios internacionales o por su pertenencia a organizaciones internacionales de carácter supranacional como la UE⁴¹⁰, o los que pueden derivar directamente de cada norma constitucional estatal⁴¹¹. Así pues, estos deberes positivos, al emanar de decisiones judiciales, deben soportar la fuerte crítica de representar una intromisión en las prerrogativas del legislador, que por el contrario los deberes asumidos por los Estados mediante la ratificación de tratados o las obligaciones impuestas constitucionalmente no soportan.

El TEDH conecta el deber de prever conductas delictivas y sus sanciones con las obligaciones positivas de adoptar las medidas derivadas del art. 1 CEDH⁴¹² en orden a garantizar efectivamente la protección de los derechos. La primera sentencia en la que el TEDH se refirió a estos deberes positivos fue en el año 1985⁴¹³. Su jurisprudencia ha ido evolucionando, y puede destacarse al respecto que el Tribunal del Consejo de Europa impone estos deberes positivos cuando se trata de delitos que afectan a los derechos del CEDH más importantes, contra las violaciones más graves de estos, es decir, el TEDH no impone una obligación genérica de proteger los derechos convencionales por medio del Derecho penal. Las conductas, además, deberán contar en abstracto con una pena suficiente para ser preventivo-generalmente eficaz.

Por otro lado, no basta con la previsión normativa de las conductas delictivas y de sus correspondientes sanciones adecuadas, sino que es necesario que los Estados parte lleven a cabo una adecuada investigación de los hechos, que es lo que se conoce como vertiente “procesal” de las obligaciones estatales positivas. Esta vertiente procesal se

⁴⁰⁹ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *InDret*, N°3, 2016, pág. 11.

⁴¹⁰ Estos deberes de criminalización que emanan de convenios internacionales o de instrumentos normativos comunitarios tienen un peso preponderante en materia de terrorismo. Ver *infra*: CAPÍTULO I. El terrorismo y el Derecho internacional público.

⁴¹¹ Ya se ha hecho alusión a las obligaciones de penalizar que incluye la CE: los arts. 45, 46 y 55.2 CE. La *Grundgesetz*, por ejemplo, contiene uno en el art. 26.1, que declara inconstitucionales “los actos susceptibles de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos y realizados con esta intención, especialmente la preparación de una guerra de agresión”, e indica que serán reprimidos penalmente.

⁴¹² “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

⁴¹³ STEDH 8978/80, Caso X e Y contra Países Bajos, de 26 de marzo de 1985.

predica, principalmente, en relación con los derechos de los arts. 2 y 3 CEDH (derecho a la vida y prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes). No obstante, esta obligación de investigar “no es una obligación de resultado, sino de medios: no toda investigación debe ser necesariamente exitosa o llegar a una conclusión que coincida con el relato de los hechos del demandante; sin embargo, en principio debe ser capaz de conducir al esclarecimiento de los hechos del caso, y, si las alegaciones resultan ser ciertas, a la identificación y castigo de los responsables”⁴¹⁴.

Cuando los hechos han sido correctamente investigados, y suponen grave lesión de derechos del CEDH, deben ser sancionados suficientemente, es decir, no debe incurrirse en infraprotección o en desproporción de la pena por defecto. Este deber positivo se predica, sobre todo, nuevamente, en relación con delitos contra la vida o delitos de tortura perpetrados por autoridades estatales⁴¹⁵. Lo mismo se predica de las instituciones jurídicas que puedan conducir, en el contexto de los citados delitos, a la no ejecución de la pena, como podrían ser los indultos⁴¹⁶.

Ahora bien, la doctrina aprecia un paso más en esta evolución, que transita hacia la admisión de un deber más genérico de protección de la sociedad⁴¹⁷ que gira en torno al concepto seguridad, el cual no cuenta con una pacífica naturaleza jurídica. Como aprecia MARTÍNEZ GARAY, anteriormente la dicotomía era siempre prevención (si se quiere: seguridad, de los bienes jurídicos) vs. garantías (los derechos fundamentales del acusado), mientras que hoy el debate o la contraposición se plantea cada vez más en términos de derechos fundamentales contra derechos fundamentales: en un lado siguen estando los del acusado (o, cada vez más: los del delincuente peligroso), pero frente a ellos, confrontados, están los de las víctimas de los delitos (y no solo la víctima real de un delito concreto, sino sobre todo las víctimas potenciales de eventuales delitos futuros) a obtener protección penal para sus bienes jurídicos. Ahora, la mayoría reclama justicia preventiva y protección penal contra la minoría de delincuentes⁴¹⁸. Y aprecia acertadamente la autora que los derechos fundamentales de los perjudicados (actuales o futuros) por la comisión de un delito no tienen que ponderarse con los derechos fundamentales del reo, pues unos

⁴¹⁴ STEDH 43233/02, Caso Maksimov contra Rusia, de 18 de junio de 2010.

⁴¹⁵ Entre otras: STEDH 32446/96, Caso Abdülsamet Yaman contra Turquía, de 2 de febrero de 2005; STEDH 22978/05, Caso Gäfgen contra Alemania, de 1 de junio de 2010.

⁴¹⁶ STEDH 32446/96, Caso Abdülsamet Yaman contra Turquía, de 2 de febrero de 2005.

⁴¹⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *InDret*, N°3, 2016, págs. 48 y ss. y 58-59.

⁴¹⁸ GÜNTHER, en: ASHWORTH/ZEDNER/TOMLIN (Ed.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, 2013, págs. 89.

y otros reciben protección en momentos distintos: en el de la promulgación de las normas penales se persigue la protección de los derechos de todos en tanto que potenciales víctimas, mientras que cuando ya se ha cometido un delito y se ejercita el *ius puniendi*, de lo que se trata es de una relación de Derecho público entre el Estado y el potencial o actual infractor, en la que los únicos derechos que tienen que garantizarse son los de este último⁴¹⁹. En esta línea, STAECHELIN argumenta que la discusión actual versa no tanto sobre si existe un deber de protección del Estado y si este garantiza la seguridad del individuo, sino en cómo los particulares pueden conseguir el cumplimiento de tales prestaciones estatales. Los defensores del pensamiento de la seguridad convierten el deber de protección de los derechos fundamentales, pero también de algunos bienes colectivos, en el cometido esencial del Estado, es decir, en el mandato constitucional primario⁴²⁰. Y todo ello, contribuye a que la función preventiva del Derecho penal deje paso a concepciones retributivas, pues cada vez más se entiende la venganza como forma de “reparación” a la víctima⁴²¹.

De hecho, alguna doctrina va más allá y defiende desde hace décadas la configuración de un derecho fundamental de este contenido. A pesar de que este derecho subjetivo a la seguridad no es una construcción doctrinal nueva, ha tomado otra vez fuerza en el contexto del terrorismo tras los atentados del 11-S⁴²². En Alemania lo ha defendido hace años, por ejemplo, ISENSEE⁴²³, o, en España, más recientemente, GUILLÉN LÓPEZ. Este último ha puesto de manifiesto la necesidad incluso de reformar la CE para definir aquel derecho del que goza toda persona a que los poderes públicos actúen para prevenir graves riesgos (para los derechos fundamentales) tanto de origen natural como humano, y a que intervengan eficazmente en el caso de que la amenaza se concrete. En definitiva, un derecho que implicaría la responsabilidad de los poderes públicos en la anticipación de las amenazas, de los riesgos, cualquiera que sea su naturaleza⁴²⁴. La mayoría de la

⁴¹⁹ MARTÍNEZ GARAY, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU/GÓRRIZ ROYO (Ed.), *Acción significativa*, 2017, págs. 274-277. En el mismo sentido: SOTOMAYOR ACOSTA/TAMAYO ARBOLEDA, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 20, N°1, 2018, pág. 225.

⁴²⁰ STAECHELIN, *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pág. 295.

⁴²¹ CORCOY BIDASOLO, *Revista de Derechos Fundamentales*, N°8, 2012, pág. 46.

⁴²² MICHAELSEN, *University of New South Wales Law Journal*, N°29(2), 2006, pág. 11.

⁴²³ ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, *passim*. Por cierto, esta fue una de las formulaciones doctrinales en las que JAKOBS apoyó también su Derecho penal del enemigo: JAKOBS, *HRRS*, N°3, 2004, págs. 90 y 93.

⁴²⁴ GUILLÉN LÓPEZ, *Revista Ejército*, N°846, 2011, págs. 54-56. Otro autor, LEAL MEDINA, *La Ley*, N°5, 2005, págs. 1170-1178, sostiene la existencia de un “derecho a la seguridad” (sin dejar muy clara su naturaleza jurídica, pues a lo largo del artículo lo llama “derecho a la seguridad o a la defensa social”, “derecho fundamental a la seguridad”, “principio jurídico-penal universal del derecho a la seguridad”,

doctrina se pronuncia en contra de lo anterior, y, concretamente en el ámbito penal, se sostiene la inexistencia de un derecho a la seguridad como derecho subjetivo a exigir del Estado la protección de sus intereses mediante el Derecho penal. Más bien, lo que se defiende es la seguridad en los derechos⁴²⁵, pues lo demás, como señala BARATTA, sería una “construcción constitucional falsa o perversa”⁴²⁶. En este sentido, MICHAELSEN entiende que si el respeto y la protección del Estado de Derecho y de los derechos humanos es lo que conduce y contribuye al mantenimiento de la seguridad de todos, carece de sentido la creación de un bien jurídico independiente y exclusivo que permita una reivindicación individual de la seguridad. Si se admitiera un derecho de tal carácter, la política de seguridad se convertiría en un fin en sí mismo en lugar de en un medio para facilitar la realización de la libertad; y la política de seguridad sería, entonces, independiente de la obligación del Estado de respetar y proteger los derechos humanos, y podría competir contra ella⁴²⁷.

Por otro lado, cabe señalar aquí la existencia de otro concepto de seguridad, el de “seguridad humana”, que se plantea como un enfoque que deben implementar los Estados habida cuenta de la complejidad e interrelación entre las nuevas amenazas y la posibilidad

“principio esencial del orden social del derecho a la seguridad”, etc.). Mantiene el autor, de forma aislada en la doctrina, que la CE ya contiene ese derecho a la seguridad expresa y concretamente en varios de sus preceptos: en su Preámbulo; en el art. 8, referido a los fines de las Fuerzas Armadas; en el art. 9.3, en relación con el principio de seguridad jurídica; en el art. 10.1, en cuanto que el límite al ejercicio de los derechos fundamentales está en el respeto a los derechos de los demás; en el art. 15, puesto que la protección de la vida y de la integridad física y moral solo es posible garantizando niveles óptimos de seguridad y protección social; en el art. 16, ya que la defensa del orden público es una expresión y apéndice del derecho a la seguridad; pero, sobre todo, en el art. 17.1, donde se dice claramente que todos tienen derecho a la libertad y a la seguridad. Y cita también otros preceptos que tienen, según él, relación con la seguridad de forma más incidental (pág. 1175, n.p. 1). Sostiene el autor, refiriéndose concretamente al terrorismo, que cuando la seguridad y la libertad están seriamente en peligro, las autoridades políticas están en la obligación moral y jurídica de promover todas las iniciativas legislativas que vayan orientadas a contrarrestar la pérdida de vidas humanas o la violación de su integridad, protegiendo a la comunidad y a sus miembros, aunque para ello se deban soportar determinadas limitaciones o rebajar la intensidad garantista en los derechos individuales (pág. 1172). Señala que los nuevos riesgos han variado las reglas del juego, por lo que el Derecho penal está facultado para responder de forma contundente para acometer la protección más firme de los bienes jurídicos que hay en juego (pág. 1175).

⁴²⁵ Concretamente, lo señala BARATTA, *Revista catalana de seguretat pública*, N°8, 2001, págs. 19 y 28. Sobre ello, también: BUSTOS RAMÍREZ, en: LOSANO/MUÑOZ CONDE (Coord.), *El Derecho ante la globalización*, 2004, pág. 404; LEPSIUS, *Leviathan*, Vol. 32, N°1, 2004, págs. 87-88; MICHAELSEN, *University of New South Wales Law Journal*, N°29(2), 2006, págs. 11-13; PAREDES CASTAÑÓN, *Eguzkilore*, N°20, 2006, págs. 129-149; LAZARUS, en: GOOLD/LAZARUS, *Security and Human Rights*, 2007, págs. 325-346; DENNINGER, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N°43, 2009, págs. 45-47; PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho penal de la libertad y seguridad (de los Derechos)*, 2012; TUORI, *Oñati socio-legal series*, Vol. 3, N°1, 2013, págs. 12-13; TERRADILLOS BASOCO, *Nuevo Foro Penal*, N°87, 2016, págs. 55-56; MARTÍNEZ GARAY, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU/GÓRRIZ ROYO (Ed.), *Acción significativa*, 2017, págs. 267-291; DE LUIS GARCÍA, en: BARONA VILAR (Ed.), *Claves*, 2019, págs. 619-634.

⁴²⁶ BARATTA, *Revista catalana de seguretat pública*, N°8, 2001, pág. 18.

⁴²⁷ MICHAELSEN, *University of New South Wales Law Journal*, N°29(2), 2006, págs. 13-14.

de emplear nuevos medios para afrontarlas de manera integrada. Este concepto está centrado en la protección de la seguridad de las personas, que trasciende al concepto tradicional de seguridad como defensa del Estado (o de la comunidad internacional) contra posibles agresiones o amenazas de índole militar o armada⁴²⁸. Este concepto surgió en las Cumbre del Milenio del año 2000, y se desarrolló en el Informe “Human Security Now”, adoptado en 2003 por la Comisión para la Seguridad Humana en el seno de la ONU. La Asamblea General de la ONU la definió posteriormente en su Resolución 66/290 de 2012⁴²⁹. Más tarde, los elementos de la seguridad humana estarían presentes en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030.

Por último, cabe realizar otra apreciación en relación con este tránsito evolutivo. Se dice en ocasiones, y cada vez más frecuentemente que los delincuentes, al cometer delitos que protegen bienes jurídicos proclamados como derechos fundamentales (por ejemplo, la vida, la integridad física, la intimidad, etc.), estarían violando los derechos fundamentales de sus víctimas⁴³⁰. Generalmente, las violaciones de derechos humanos o fundamentales son propias de los Estados y no de los particulares (con alguna salvedad, como la comisión de crímenes competencia de la CPI o en supuestos en los que se cometen crímenes por fuerzas equiparables al poder estatal; y dejando a un lado el debate sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares). Lo señala con

⁴²⁸ HUESA VINAIXA, en: MARTÍNEZ CAPDEVILA/ABAD CASTELOS/CASADO RAIGÓN (Dir.)/MARTÍNEZ PÉREZ (Coord.), *Las amenazas a la seguridad internacional hoy*, 2017, pág. 29.

⁴²⁹ Asamblea General, A/RES/66/290, de 25 de octubre, págs. 1-2. Englobaría lo siguiente: a) El derecho de las personas a vivir en libertad y con dignidad, libres de la pobreza y la desesperación; b) La seguridad humana exige respuestas centradas en las personas, exhaustivas, adaptadas a cada contexto y orientadas a la prevención que refuercen la protección y el empoderamiento de todas las personas y todas las comunidades; c) La seguridad humana reconoce la interrelación de la paz, el desarrollo y los derechos humanos, y tiene en cuenta igualmente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; d) El concepto de seguridad humana es distinto de la responsabilidad de proteger y su aplicación; e) La seguridad humana no entraña la amenaza o el uso de la fuerza ni medidas coercitivas. La seguridad humana no sustituye a la seguridad del Estado; f) La seguridad humana se basa en la implicación nacional, reforzando las soluciones nacionales compatibles con la realidad local; g) Siguen recayendo en los gobiernos la función y la responsabilidad primordiales de asegurar la supervivencia, los medios de subsistencia y la dignidad de sus ciudadanos. La función de la comunidad internacional consiste en complementar la labor de los gobiernos y proporcionarles el apoyo necesario a fin de fortalecer su capacidad para responder a las amenazas actuales e incipientes. La seguridad humana exige una mayor colaboración y asociación entre los gobiernos, las organizaciones internacionales y regionales y la sociedad civil; h) La seguridad humana se debe hacer efectiva respetando plenamente los propósitos y principios consagrados en la Carta, incluidos el pleno respeto de la soberanía de los Estados, la integridad territorial y la no injerencia en asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados. La seguridad humana no entraña nuevas obligaciones jurídicas para los Estados.

⁴³⁰ Alguna doctrina utiliza esta terminología, por ejemplo: VILLEGAS DÍAZ, *Terrorismo: un problema de Estado*, Tesis inédita, 2001, págs. 202-205; LÓPEZ CALERA, *Anuario de Filosofía del Derecho*, N°19, 2002, pág. 53; VIGANÒ, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, págs. 311-328.

las mismas palabras ZAFFARONI: “las violaciones de derechos humanos solo las cometen los Estados y no sus habitantes, que solo pueden cometer delitos”⁴³¹. Por ello, se dice que el Derecho penal recepta las obligaciones internacionales y nacionales de protección de derechos a través de la tipificación de delitos que incriminen los actos de ataque a los bienes protegidos por aquellos derechos, pero en sentido jurídico estricto no debería sostenerse que los delincuentes violan derechos fundamentales. Esta distinción se ve claramente difuminada en el ámbito del terrorismo, pues es práctica común de las organizaciones internacionales y de los Estados (sobre todo desde 2001) calificar las actuaciones terroristas como violaciones de derechos humanos o fundamentales⁴³². Y esta mirada, permite difuminar las obligaciones de los Estados en tanto parece tender a ponerlas en pie de igualdad con las de otros actores.

⁴³¹ ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal PG*, 2007, pág. 153.

⁴³² Pueden ponerse múltiples ejemplos. A nivel de la ONU, entre otras muchas, hacen referencias de este tipo: las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1373 (2001), 1377 (2001); la Resolución 49/60 de la AG; o el Informe de la Oficina del ACNUDH, A/HRC/28/18, de 27 de marzo de 2015. A nivel interno español, por ejemplo, en alguna sentencia (STS ROJ: 10214/1993, de 25 de enero, FJ 3), o en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo, en su Preámbulo: “Esta Ley asume igualmente una idea relativamente novedosa, que impregna todo su articulado y es que las víctimas del terrorismo son, en efecto, víctimas de violaciones de derechos humanos”, o en su art. 2.1: “1. Esta Ley se fundamenta en los valores de memoria, dignidad, justicia y verdad. (...). Verdad, al poner de manifiesto la violación de los derechos humanos que suponen las acciones terroristas”.

Segunda Parte. El terrorismo

A modo de introducción

I. El terrorismo como fenómeno social

El terrorismo carece de una definición consensuada. Esa falta de definición no es privativa del campo del Derecho, sino que se da también en otras ramas del conocimiento⁴³³, y quizás sea precisamente por ello por lo que existe tanta dificultad en plasmar su definición jurídica.

Existen cuestiones en las que sí hay acuerdo generalizado. Concretamente, en la consideración del terrorismo como un tipo de violencia política; y en que se trata de un término del que se ha abusado y al que se ha cargado de connotaciones negativas⁴³⁴, lo que no ha ocurrido con otros fenómenos violentos igualmente graves. El término “terrorismo” se ha convertido en una palabra despectiva más que descriptiva de una actividad⁴³⁵. Por ello, tampoco es de extrañar que en tiempos recientes se utilice el término como sinónimo de “grave”, “malo”, “horrible”⁴³⁶, lo que contribuye a distorsionar un término ya de por sí distorsionado y manejado al antojo de quien lo utiliza.

El Diccionario de la RAE ofrece tres acepciones de terrorismo. En primer lugar, define el terrorismo como “dominación a través del terror”; en segundo lugar, como “la sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror”; y, por último, como “la actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos”. La última de las acepciones ha tomado los tres elementos que la doctrina penal mayoritaria española⁴³⁷

⁴³³ Prueba fehaciente de ello es el famoso estudio de SCHMID realizado en 1988 y renovado en 2011, en el que aúna distintas definiciones académicas de terrorismo. De la consulta a alrededor de cien académicos, extrae una definición con doce puntos que ocupa dos páginas, y que puede consultarse en: SCHMID, en: SCHMID (Ed.), *Handbook of Terrorism Research*, 2011, págs. 86-87.

⁴³⁴ MERARI, en: CHALIAND/BLIN (Eds.), *The History of Terrorism*, 2016, págs. 12-13; HOFFMAN, *Inside Terrorism*, 3ª ed., 2017, pág. 24.

⁴³⁵ MERARI, en: CHALIAND/BLIN (Eds.), *The History of Terrorism*, 2016, pág. 12.

⁴³⁶ Es común escuchar o leer términos tales como: “terrorismo forestal o medioambiental” (incendios forestales o conductas atentatorias contra el medio ambiente); “terrorismo machista” (violencia de género); “terrorismo financiero” (distintas acciones de los poderes económicos capitalistas). Hacén similares referencias a ello: PAREDES CASTAÑÓN, *Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, Nº74, 2010, pág. 103; LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, pág. 52; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, págs. 22-23.

⁴³⁷ DE PRADA SOLAESA, *JpD*, Nº25, 1996, págs. 73-74; GEPC, *Una alternativa*, 2008, págs. 24-26; GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/CARPIO BRIZ, DAVID (Coord.), *La seguridad pública*, 2010, págs. 64-88; CANCIO MELIÁ, en: CUERDA RIEZU, *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016,

identifica como necesarios para la configuración del concepto jurídico de terrorismo, a saber, la utilización de la violencia, por una organización o grupo terrorista (elemento estructural), con una finalidad ulterior colectiva, política de cambio del orden establecido o de intimidación masiva y de atemorización (elemento teleológico), haciendo descansar en ellos (o en alguno de ellos) el fundamento de la mayor lesividad de los delitos de terrorismo. En ocasiones, se resume en lo siguiente: el terrorismo constituye “violencia política organizada”⁴³⁸.

Etimológicamente, el origen del término “terrorismo” hay que buscarlo en el periodo conocido como “el Terror” (*la Terreur*) de la Revolución Francesa, que abarcó desde septiembre de 1793 a la primavera de 1794. Se utilizó el término *terrorisme* para caracterizar las acciones violentas llevadas a cabo por los jacobinos, que, liderados por Robespierre, gobernaban en esos momentos el Estado revolucionario. Este periodo histórico, aunque debatido, se caracterizó por el empleo de la violencia contra los enemigos del régimen, incluyendo ejecuciones en masa mediante la guillotina. Así, el término terrorismo nació para designar la violencia ejercida desde el Estado, lo que posteriormente sería denominado terrorismo de Estado (término, que, como el de terrorismo, no está exento en absoluto de problemas en cuanto a su definición y caracterización). Ahora bien, las violencias que a lo largo de la Historia posterior *han sido generalmente calificadas como terroristas* han sufrido una profunda evolución desde la utilización del término en la Revolución Francesa. Como veremos, el término pasó a ser empleado, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, para designar las acciones violentas (de distinto signo político) de grupos no estatales.

Esta evolución de la utilización del término, como señala PAREDES CASTAÑÓN, no es ni mucho menos inocente⁴³⁹. Y ello, fundamentalmente, porque la interpretación de una violencia como terrorismo, si bien puede estar vinculada a algunas características fenomenológicas del hecho en sí, es más bien el resultado de un proceso de elaboración

pág. 52; BORJA JIMÉNEZ, *ADPCP*, T.70, Nº1, 2017, págs. 53-55; PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyahadista*, 2017, pág. 337; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, pág. 1322; SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, en: JUANATEY DORADO/SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES (Dir.), *Derechos del condenado*, 2018, pág. 183-188; CASTELLVÍ MONSERRAT, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/HORTAL IBARRA (Coord.), *Manual PE*, T.1, 2ª ed., 2019, págs. 840-841.

⁴³⁸ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4; SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, pág. 148; DE PRADA SOLAESA, *JpD*, Nº25, 1996, págs. 73-74.

⁴³⁹ PAREDES CASTAÑÓN, *Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, Nº74, 2010, pág. 104.

de significaciones en las que el lenguaje desempeña un papel crucial⁴⁴⁰. Los distintos actores políticos hacen su propia valoración política, y, después, jurídica, de las distintas violencias políticas y del terrorismo, dependiendo de los intereses dominantes en ese determinado tiempo y territorio, alentados por la fuerte carga emotiva e ideológica del término terrorismo. El terrorismo como etiqueta es aplicado a menudo por los Estados u otros actores políticos para calificar a la violencia ejercida por grupos o individuos que son percibidos como sus enemigos u opositores, aplicándose a algunos tipos de violencia y no a otros, pues, como apunta TOWNSHEND, raro es el individuo o grupo que, para definirse a sí mismo, haya adoptado voluntariamente este término (dejando a un lado a algunos grupos anarquistas de finales del siglo XIX⁴⁴¹); al contrario, son otros los que lo utilizan para referirse a ellos⁴⁴². Por ello se dice precisamente que la forma en que esa etiqueta se aplica es política y socialmente construida⁴⁴³. Esto último, constituye una de las bases de la corriente de pensamiento de sociólogos, psicólogos sociales y politólogos conocida como “estudios críticos de terrorismo” (“*Critical Studies on Terrorism*”⁴⁴⁴) que se distingue de lo que ellos han denominado como “estudios ortodoxos sobre terrorismo” (“*Orthodox Studies on Terrorism*”)⁴⁴⁵. Los partidarios de los estudios críticos de terrorismo entienden el terrorismo como una construcción social, como “un término lingüístico o una etiqueta que se aplica a determinados actos a través de una variedad de procesos políticos, legales y académicos específicos”⁴⁴⁶. Según los críticos, los estudiosos

⁴⁴⁰ HOMOLAR/RODRÍGUEZ-MERINO, *Critical Studies on Terrorism*, N°12:4, 2019, págs. 561-562.

⁴⁴¹ HOFFMAN, *Inside Terrorism*, 3ª ed., 2017, págs. 21 y ss.

⁴⁴² TOWNSHEND, *Terrorismo*, 2008, pág. 13; MERARI, en: CHALIAND/BLIN (Eds.), *The History of Terrorism*, 2016, pág. 27.

⁴⁴³ Entrevista a STAMPNITZKY, autora de: *Disciplining Terror*, 2013. Puede consultarse en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-40382946> (último acceso 19/03/2023). En el mismo sentido: REMIRO BROTONS, *Ius et Veritas*, N°18(37), 2008, pág. 209; TOWNSHEND, *Terrorismo*, 2008, pág. 13; PAREDES CASTAÑÓN, *Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, N°74, 2010, pág. 104; JACKSON/BREEN-SMYTH/GUNNING/JARVIS, *Terrorism: A Critical Introduction*, 2011, págs. 15, 99-123; GUZMÁN DÁLBORA, en: AMBOS/MALARINO/STEINER (Ed.), *Terrorismo y derecho penal*, 2015, pág. 408; DAVIES-BRIGHT, en: FOOTER/SCHMIDT/WHITE/DAVIES-BRIGHT (Ed.), *Security and International Law*, 2016, págs. 221-222; GREENE, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 66, 2017, págs. 414-415; HOMOLAR/RODRÍGUEZ-MERINO, *Critical Studies on Terrorism*, N°12:4, 2019, págs. 562, 567 y ss.

⁴⁴⁴ Que da nombre también a una famosa revista en la materia.

⁴⁴⁵ Sobre ellos, por todos: JACKSON/BREEN-SMYTH/GUNNING/JARVIS, *Terrorism: A Critical Introduction*, 2011, *passim*.

⁴⁴⁶ Esto, según algunos autores, “ha conducido a una situación perversa en la que un elevado número de académicos estudian un fenómeno en cuya esencia (por ahora) simplemente han acordado no estar de acuerdo”. Así, BRANNAN/ESLER/STRINDBERG, *Studies in Conflict and Terrorism*, N°24:1, pág. 11. También en el mismo sentido: STAMPNITZKY, *Disciplining Terror*, 2013, pág. 5; GREENE, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 66, 2017, pág. 414. Ello lo reconoce asimismo SCHMID, en: SCHMID (Ed.), *Handbook of Terrorism Research*, 2011, pág. 40, indica que el término terrorismo puede perfectamente constituir actualmente el término más politizado de vocabulario político; y que aquellos implicados en el debate sobre su definición han tratado a menudo de moldearla de tal forma que se adapte

ortodoxos del terrorismo tienden a ver este como un fenómeno estable ontológicamente, independiente del observador, que puede ser objetivamente identificable y estudiado con los métodos sociales científicos tradicionales. La mayoría de los estudiosos del terrorismo, han empleado una definición del terrorismo basada en el agente y no en el acto, describiéndolo como una violencia ilegítima por parte de actores no estatales, en lugar de entenderlo como una estrategia de violencia política que cualquier actor puede utilizar. También apuntan que, frecuentemente, el estudio ortodoxo del terrorismo está ideológica y políticamente influenciado por las agendas securitarias de los países occidentales⁴⁴⁷. Aunque como en todo, existen posiciones intermedias. Con este espíritu, algunos estudiosos críticos toman una vía que permita una definición objetiva del terrorismo, reconociendo a la vez la inestabilidad ontológica de los fenómenos que describe el término⁴⁴⁸.

Ya he manifestado anteriormente que en el ámbito de las ciencias sociales la definición del fenómeno terrorista dista de ser clara, y ello no solo por la falta de consenso en lo que debe incluir o no, sino también porque se estudia desde perspectivas muy distintas⁴⁴⁹. Mientras que alguna doctrina lo ha descrito como un proceso, forma o estrategia de violencia política comparable a la insurrección, la rebelión, la guerra civil o el golpe de Estado, otros han estudiado su ideología, han prestado atención a sus implicaciones morales o lo han clasificado en función de su naturaleza, sus fines, la psicología y el comportamiento de sus actores o sus apoyos sociales⁴⁵⁰. Si bien estoy de acuerdo con GONZÁLEZ CALLEJA cuando advierte que el terrorismo, en consonancia con su carácter multifacético, no es una escuela filosófica, ni una ideología, ni una doctrina política, sino una estrategia de empleo de la violencia política que han utilizado y utilizan prácticamente todos los movimientos radicales del espectro político⁴⁵¹.

Aun así, voy a destacar algunos de los elementos que la literatura científica mayoritaria considera incursos en una definición del terrorismo como fenómeno, y a

a sus necesidades, por lo que las distintas definiciones tienden a reflejar los intereses y el juicio moral (o la falta de él) de los que las elaboran.

⁴⁴⁷ JACKSON/BREEN-SMYTH/GUNNING/JARVIS, *Terrorism: A Critical Introduction*, 2011, págs. 3, 15 y 18.

⁴⁴⁸ SHANAHAN, en: JACKSON (Ed.), *Handbook of Critical Terrorism Studies*, 2016, pág. 227, refiriéndose a la posición adoptada en JACKSON/BREEN-SMYTH/GUNNING/JARVIS, *Terrorism: A Critical Introduction*, 2011, págs. 115-121.

⁴⁴⁹ Muchas de estas teorías y sus clasificaciones pueden verse resumidas en: MCALLISTER/SCHMID, en: SCHMID (Ed.), *Handbook of Terrorism Research*, 2011, págs. 201-271.

⁴⁵⁰ GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, pág. 19.

⁴⁵¹ *Ibid.*, pág. 20.

identificar los puntos más candentes a la hora de formular una definición. Estos puntos, como se verá, también son los más debatidos a la hora de acometer la tarea de definir jurídicamente el terrorismo.

Ya he señalado anteriormente que el terrorismo tiene un carácter político, de cambio del orden establecido en algún sentido (amplio) y eso es una característica prácticamente incontestada. Otro de los caracteres importantes, es la utilización de la violencia contra las personas (aunque algunos también admiten el daño a propiedades) y la amenaza de perpetrar más episodios violentos. Generalmente se toma como elemento característico el terror (que está incluido en el propio término), aunque algunos lo entienden como un medio del terrorismo y otros como un fin en sí mismo. En cuanto a los destinatarios de la violencia, un sector doctrinal entiende que solo pueden serlo civiles, no combatientes o inocentes, mientras que otros entienden que puede serlo cualquier persona. A esto cabe añadir un destinatario más amplio, que sería la audiencia que recibe el mensaje emitido por el acto de terrorismo a través de su violencia. Es por lo que una parte mayoritaria de los académicos defienden que el terrorismo representa una “estrategia comunicativa”⁴⁵². Con respecto al agente, existe también controversia. Para

⁴⁵² SCHMID, en: SCHMID (Ed.), *Handbook of Terrorism Research*, 2011, pág. 2, ve el terrorismo como una combinación entre violencia y comunicación en la que las víctimas inmediatas suelen ser civiles y el principal destinatario del “lenguaje de la sangre” es un gobierno o sus ciudadanos, o, en el caso del terrorismo de Estado, un sector de la población. WALDMANN, *Terrorismus. Provokation*, 2ª ed., 2001, pág. 13, bajo su teoría de la provocación, también entiende el terrorismo como una estrategia de comunicación. También, TOWNSHEND, *Terrorismo*, 2008, págs. 21-35. JACKSON/BREEN-SMYTH/GUNNING/JARVIS, *Terrorism: A Critical Introduction*, 2011, págs. 116-118, apuntan a que el terrorismo, además de una violencia políticamente motivada, se caracteriza también por ser una forma de comunicación política. El terrorismo es un acto ejemplar o simbólico de violencia destinado a enviar mensajes a una audiencia. Las dos características anteriores llevan a un tercer aspecto del terrorismo, que sería la violencia instrumental. Los actos de terrorismo, así, son medios para la consecución de un fin, no son un fin en sí mismo. Sobre esta teoría, puede verse: MCALLISTER/SCHMID, en: SCHMID (Ed.), *Handbook of Terrorism Research*, 2011, págs. 246-247.

En el campo del Derecho, asumen este elemento destacado por las ciencias sociales: ASÚA BATARRITA, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Derecho penal del enemigo*, Vol. 1, 2006, pág. 249; CANO PAÑOS, *Revista Española de Investigación Criminológica*, N°7, 2009, pág. 12; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, págs. 61 y 167; ZÖLLER, en: ODENDAHL (Ed.), *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, págs. 157-158; ALIABASI, *Die staatsgefährdende Gewalttat*, 2017, págs. 72-73; TERRADILLOS BASOCO, *Nuevo Foro Penal*, N°87, 2016, pág. 35; PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, págs. 32 y ss. PAREDES CASTAÑÓN, *Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, N°74, 2010, pág. 108, por su parte, reconoce que el predominio de la comunicación y de lo simbólico forma parte de la *communis opinio* de los expertos sobre terrorismo, a partir de la cual se desarrollan teorías explicativas y estrategias políticas, jurídicas y policiales de acción. Sin embargo, manifiesta que es cuestionable que esa faceta retórica y simbólica de la cuestión permita explicar completamente el fenómeno, ni que ello sirva para discutir acerca de las políticas criminales más convenientes para abordarlo. Pues, si el “terrorismo” (y el “antiterrorismo”) se comunican, ello no constituye, desde luego, un fin en sí mismo, sino tan solo un medio para otro fin, que parece ser tomar el poder, mediante una atención instrumentalmente adecuada a los componentes comunicativos de la política. Así pues, la comunicación es el medio, nunca el fin.

algunos, el terrorismo solo se realiza desde grupos organizados no estatales (o, incluso, individuos asilados), mientras que, para otros, podría realizarse también desde el Estado⁴⁵³. En este sentido, no le falta razón a MERARI cuando señala que el concepto de terrorismo en el uso moderno se asocia más comúnmente con ciertos tipos de acciones violentas llevadas a cabo por individuos y grupos que por Estados, y con acontecimientos que tienen lugar en tiempos de paz y no como parte de una guerra convencional⁴⁵⁴.

Existe un famoso estudio de SCHMID en el que intenta llegar, a través de aunar las opiniones de numerosos académicos, a una definición académica consensuada de terrorismo. A pesar de que realiza una tarea muy loable y con una metodología clara, concluye con una larga definición (doce puntos a lo largo de dos páginas) que contiene muchos elementos y consideraciones disyuntivas⁴⁵⁵. Por otro lado, denota una especie de

⁴⁵³ La mayoría de la doctrina en las ciencias sociales entiende la pertinencia de incluir el terrorismo desde el Estado. En contra de ello, por ejemplo, WALDMANN, *Terrorismus. Provokation*, 2ª ed., 2001, pág. 10, que entiende que las élites estatales pueden establecer un régimen de terror, pero frente a la propia población no pueden perseguir una estrategia terrorista. El terrorismo, para él, es sobre todo un determinado proceder *contra* un orden político.

⁴⁵⁴ MERARI, en: CHALIAND/BLIN (Eds.), *The History of Terrorism*, 2016, pág. 16. Le sigue: GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, págs. 29 y ss.

⁴⁵⁵ SCHMID, en: SCHMID (Ed.), *Handbook of Terrorism Research*, 2011, págs. 86-87: 1) El terrorismo se refiere, por un lado, a una doctrina sobre la presunta eficacia de una forma o táctica especial de violencia política coercitiva generadora de miedo y, por otro lado, a una práctica conspirativa de acciones violentas directas, demostrativas y sin restricciones legales o morales, dirigidas principalmente a civiles y no combatientes, realizada por sus efectos propagandísticos y psicológicos en diversas audiencias y partes del conflicto; 2) El terrorismo como táctica se emplea en tres contextos principales: (i) represión estatal ilegal; (ii) agitación propagandística por parte de actores no estatales en tiempos de paz o fuera de las zonas de conflicto y (iii) como táctica ilícita de guerra irregular empleada por actores estatales y no estatales; 3) La violencia física o la amenaza de la misma empleada por los actores terroristas implica actos violentos letales (como atentados bomba o ataques armados), actos en dos fases que ponen en peligro la vida (como secuestros y otras formas de toma de rehenes para la negociación coercitiva), así como secuencias de acciones (como en las “desapariciones”, que implican secuestro, detención secreta, tortura y asesinato); 4) La victimización terrorista pública implica procesos de comunicación basados en la amenaza en los que, por un lado, se plantean demandas condicionadas a individuos, grupos, gobiernos, sociedades o secciones de los mismos y, por otro lado, sus autores buscan el apoyo de grupos específicos (basados en vínculos étnicos, religiosos, de afiliación política o similares); 5) En el origen del terrorismo se encuentra el terror (el miedo infundido, el pánico o la mera ansiedad) difundido entre quienes se identifican o comparten similitudes con las víctimas directas, generado por algunas de las modalidades del acto terrorista: su impactante brutalidad, su falta de discriminación, su dramatismo o su inobservancia de las reglas de la guerra y del castigo; 6) Las principales víctimas directas de los atentados terroristas no son, en general, las fuerzas armadas, sino que suelen ser civiles, no combatientes u otras personas inocentes e indefensas que no tienen responsabilidad directa en el conflicto que dio lugar a los actos de terrorismo; 7) Las víctimas directas no son el objetivo final, sino que sirven como generadores de mensajes, ayudados más o menos involuntariamente por los medios de comunicación, para llegar a diversas audiencias y partes del conflicto que se identifican bien con la situación de las víctimas o con la causa que defienden los terroristas; 8) Las fuentes de la violencia terrorista pueden ser autores individuales, pequeños grupos, redes transnacionales difusas, así como actores estatales o agentes clandestinos patrocinados por el Estado; 9) Aunque presenta similitudes con los métodos empleados por la delincuencia organizada, así como con los utilizados en los crímenes de guerra, la violencia terrorista es predominantemente política; 10) La intención inmediata de los actos de terrorismo es aterrorizar, intimidar, antagonizar, desorientar, desestabilizar, coaccionar, obligar, desmoralizar o provocar a una población o a una parte del conflicto, todo ello con la esperanza de conseguir,

acuerdo en ciertos elementos, pero más centrado en el consenso de académicos occidentales. Como señala MERARI, el aparente consenso potencial en los países occidentales, no es compartido en todo el mundo⁴⁵⁶. Ese problema, como veremos, se refleja igualmente en la tarea de adoptar una definición en el seno de la ONU, pues los puntos controvertidos son compartidos por bloques de Estados.

Una de las principales cuestiones, estriba, entonces, en discernir el terrorismo de otras violencias políticas, como la guerrilla o incluso la guerra convencional⁴⁵⁷. Como la guerrilla, el terrorismo es una modalidad de lucha prolongada, pero la primera es una estrategia basada sobre todo en el enfrentamiento físico, y secundariamente psicológico, mientras que el terrorismo se mantiene en el registro de la influencia psicológica y suele estar desprovisto de los elementos materiales de que dispone la guerrilla. Es cierto que la guerra convencional y la guerrilla a menudo ignoran las leyes que regulan este tipo de conflictos, pero el terrorismo las viola sistemáticamente cuando rehúsa establecer la distinción entre combatientes y no combatientes. Y, al contrario que la guerrilla o que los enfrentamientos armados en un escenario bélico tradicional, la lucha terrorista no tiene estatuto legal según la ley internacional⁴⁵⁸. También se suele diferenciar en que el terrorismo no busca, como la guerrilla, el control efectivo del territorio⁴⁵⁹. Todo lo anterior, quedará matizado al analizar el caso del Estado Islámico más adelante⁴⁶⁰.

a partir de la inseguridad resultante, un resultado favorable a sus intereses (por ejemplo, obtener publicidad, extorsionar dinero para un rescate, obtener la sumisión a las demandas terroristas y/o movilizar o inmovilizar a sectores de la población); 11) Las motivaciones para cometer actos terroristas abarcan un amplio abanico, que incluye la reparación de presuntos agravios, la venganza personal o vicaria, el castigo colectivo, la revolución, la liberación nacional y la promoción de diversas causas y objetivos ideológicos, políticos, sociales, nacionales o religiosos; 12) Los actos de terrorismo rara vez son aislados, sino que forman parte de una campaña de violencia que por sí sola puede, debido al carácter serial de los actos de violencia y a las amenazas de que habrá más, crear un clima de miedo generalizado que permita a los terroristas manipular el proceso político.

⁴⁵⁶ MERARI, en: CHALIAND/BLIN (Eds.), *The History of Terrorism*, 2016, pág. 14.

⁴⁵⁷ Ibid., págs. 14-15. Sobre estas diferencias, ver, en la misma obra, págs. 24 y ss.

⁴⁵⁸ GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, págs. 29-30. De la misma opinión: WALDMANN, *Terrorismus. Provokation*, 2ª ed., 2001, pág. 11.

⁴⁵⁹ MERARI, en: CHALIAND/BLIN (Eds.), *The History of Terrorism*, 2016, pág. 24. Ello lo resume WALDMANN, *Terrorismus. Provokation*, 2ª ed., 2001, pág. 17 en una frase muy citada: “*Der Guerillero will den Raum, der Terrorist will dagegen das Denken besetzen*”, que señala que el guerrillero quiere el ocupar el territorio, mientras que el terrorista quiere ocupar el pensamiento.

⁴⁶⁰ Ver *infra*: *Excursus: La “Guerra contra el terrorismo”*: ¿son legítimas las medidas militares contra el terrorismo? Algunas consideraciones en relación con el Derecho Internacional Humanitario.

II. El terrorismo en el tiempo: una breve aproximación

Como he apuntado, las violencias políticas que a lo largo de la Historia *han sido generalmente calificadas como terroristas* han sufrido una profunda evolución desde la utilización del término en la Revolución Francesa.

Existen muchas teorías para afrontar el fenómeno del terrorismo desde una perspectiva histórica.

Una de las más famosas teorías es la de las “*Four Waves of Terrorism*” (ahora, abriendo la posibilidad de una quinta) de RAPOPORT⁴⁶¹, que también cuenta con variantes, como la de GONZÁLEZ CALLEJA⁴⁶². Con el término “oleada”, RAPAPORT se refiere a ciclos de acontecimientos en un determinado período de tiempo, que se repite una y otra vez en períodos subsiguientes. Existen incentivos distintos que animan estas oleadas, y tienen paralelos internacionales para actividades similares y una energía común que los impulsa⁴⁶³. Al contrario que el crimen en general, para RAPOPORT el terrorismo no es una constante en nuestra sociedad, sino que surge unido a sucesos políticos que lo inspiran⁴⁶⁴. La primera de las oleadas es la denominada anarquista (*anarchist wave*), que apareció a partir de la década de 1880; la segunda es la oleada anticolonial (*anti-colonial wave*), que abarca desde la década de 1920, hasta su desaparición en los años sesenta del siglo pasado; la tercera es la llamada oleada de la nueva izquierda (*new left wave*), que se extiende desde finales de la década de 1960 hasta su disipación en los años 90 del siglo XX, dejando unos pocos grupos aún activos en España y Francia⁴⁶⁵, Sri Lanka, Perú o Colombia; y, la cuarta, la oleada religiosa (*religious wave*), que comienza en 1979⁴⁶⁶ y en la que destacan muy especialmente Al-Qaeda y DAESH. A partir de su monografía de 2022, RAPOPORT se plantea la posibilidad de una “quinta oleada”, pues la cuarta oleada, que comenzó en 1979 y que en sus anteriores trabajos todavía no se había completado, habría podido llegar a su término en la década de los 2020 (siguiendo su teoría de que, más o menos, las oleadas han durado entre cuarenta y cuarenta y cinco años cada una o

⁴⁶¹ RAPOPORT, *Anthropoetics VIII*, N°1, 2002; RAPOPORT, *I Jornada sobre terrorismos en el siglo XXI*, 2004, págs. 1-15; RAPOPORT, *Waves of Global Terrorism: From 1879 to the Present*, 2022, *passim*.

⁴⁶² GONZÁLEZ CALLEJA, *Revista de Psicología Social*, N°24:2, 2009, págs. 119-137; GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, *passim*.

⁴⁶³ RAPOPORT, *I Jornada sobre terrorismos en el siglo XXI*, 2004, pág. 5.

⁴⁶⁴ RAPOPORT, *Waves of Global Terrorism: From 1879 to the Present*, 2022, pág. 1.

⁴⁶⁵ Recordemos que ETA, organización incluida en la oleada de la nueva izquierda, abandonó oficialmente sus actividades en 2011.

⁴⁶⁶ RAPOPORT, *Anthropoetics VIII*, N°1, 2002.

una “generación”⁴⁶⁷), dando paso a una etapa floreciente de los movimientos violentos de extrema derecha⁴⁶⁸.

GONZÁLEZ CALLEJA, por su parte, divide las oleadas en cinco. La primera coincide esencialmente con la descrita por RAPOPORT, si bien GONZÁLEZ CALLEJA se refiere también a los movimientos populistas rusos. En segundo lugar, divide la oleada segunda de RAPOPORT en dos: por un lado, distingue movimientos de violencia terrorista subsidiaria de proyectos revolucionarios o contrarrevolucionarios vinculados con la crisis del liberalismo clásico y la exacerbación de los nacionalismos europeos entre las dos guerras mundiales, que desembocó en el terror genocida de los regímenes totalitarios comunistas y fascistas (1905-1945); y la propia oleada anticolonialista, que iría desde la década de los cuarenta hasta mediados de los sesenta del siglo pasado, que incluye los movimientos de independencia o de liberación nacional frente al dominio colonial occidental (que representaría su tercera oleada). Su cuarta oleada abarcaría desde los años sesenta hasta los años ochenta del siglo XX, y vendría marcada por el terrorismo de la “nueva izquierda” y por terrorismos de carácter separatista o etnocentrista. Y, por último, la quinta oleada descrita por GONZÁLEZ CALLEJA coincidiría con la de RAPOPORT, y estaría representada por el terrorismo religioso surgido a partir de los años ochenta del pasado siglo.

Aquí van a utilizarse estas teorías referentes a las oleadas para explicar de forma ordenada y cronológica las violencias que generalmente se han entendido como terroristas

⁴⁶⁷ Sobre sus nociones de “generación”: RAPOPORT, *Waves of Global Terrorism: From 1879 to the Present*, 2022, págs. 7 y ss. En RAPOPORT, *Anthropoetics VIII*, N°1, 2002, señala que las tres primeras oleadas duraron aproximadamente entre cuarenta y cuarenta y cinco años, pero la *new left wave* fue algo más breve. El ciclo vital de las oleadas no se corresponde con el de las organizaciones. Las organizaciones normalmente se disipan antes que la oleada, aunque en ocasiones algunas organizaciones sobreviven a su oleada asociada. Puede ponerse como ejemplo de ello el IRA, que es la organización terrorista más antigua del mundo moderno. Se inició en la ola anticolonial en los años veinte, evolucionó en la década de los sesenta, y, hoy en día, existe, pues no se ha disuelto oficialmente

⁴⁶⁸ RAPOPORT, *Waves of Global Terrorism: From 1879 to the Present*, 2022, págs. 270-306. El autor ya aventuraba en 2004 la posibilidad de una quinta oleada: “Más o menos tardaron 40 años en desaparecer, y ahora estamos más o menos atravesando el centro de la última oleada, que es la religiosa. Y no estoy muy seguro de que siga el mismo patrón de sus predecesoras, pero, si lo hace, y la historia se repite del mismo modo, quizás seamos testigos de una quinta oleada, pero desde luego no sé cuál será la causa que la inspirará” (RAPOPORT, *I Jornada sobre terrorismos en el siglo XXI*, 2004, págs. 3-4). Un estudio sobre la comprobación empírica de esta teoría puede verse en: RASLER/THOMPSON, *Terrorism and Political Violence*, N°21:1, 2009, págs. 28-41.

a lo largo del tiempo⁴⁶⁹. Sin, por supuesto, desmerecer otras teorías⁴⁷⁰, las elegidas son unas de las contribuciones más importantes al estudio del terrorismo y unas de las delimitaciones de los movimientos terroristas según la motivación de su violencia más aceptadas entre la comunidad académica⁴⁷¹. Según MCALLISTER/SCHMID, la teoría de las oleadas de RAPOPORT ha resultado útil no solo por su periodización histórica del terrorismo no estatal, sino también por su observación de que la motivación de la violencia en cada oleada necesariamente afectó a la naturaleza e intensidad de la violencia empleada por los grupos en los sucesivos movimientos. Aunque, como es obvio, también se le pueden presentar objeciones. En algunos puntos es demasiado amplia, y, al referirse a movimientos y no a grupos concretos, su teoría se topa con algunas ambigüedades, como organizaciones que han sobrevivido a su oleada. Pero, sobre todo, quizás su mayor defecto sea que excluye a los grupos no estatales que utilizaron como estrategia el terror y que más tarde consiguieron hacerse con el poder, como ocurrió con los fascismos y comunismos⁴⁷². GONZÁLEZ CALLEJA, por ejemplo, sí incluye estos últimos en su clasificación⁴⁷³.

⁴⁶⁹ Como es obvio, no se van a discutir aquí los contextos políticos que subyacen al surgimiento de cada terrorismo, que es una de las principales bondades de las teorías de RAPOPORT o GONZÁLEZ CALLEJA.

⁴⁷⁰ Pues pueden destacarse, por supuesto, otros trabajos muy importantes. Por ejemplo, los de LAQUEUR (LAQUEUR, *The new terrorism*, 1999, *passim*) o HOFFMAN (HOFFMAN, *Inside Terrorism*, 3ª ed., 2017, págs. 46 y ss.). En sus “Historias del terrorismo” distinguen a partir de la década de los años noventa del siglo pasado entre el “viejo terrorismo” (“*old or traditional terrorism*”) y el “nuevo terrorismo” (“*new terrorism*”). El primero, tiene objetivos políticos y sociales, mientras que el segundo no persigue reivindicaciones políticas claras, sino la destrucción de la sociedad y a la eliminación de amplios sectores de la población. El “viejo terrorismo” sería el encarnado por organizaciones como la Irish Republican Army (IRA), Euskadi Ta Askatasuna (ETA), o la Rote Armee Fraktion (RAF), en contraste con el “nuevo terrorismo” predominante en la actualidad y representado por grupos islamistas radicales como Al Qaeda. Es cierto que esta división cuenta, a su vez, con ciertas subdivisiones. Así, en el “viejo terrorismo”, se diferencia entre grupos etnonacionalistas y separatistas, o entre grupos de derechas o de izquierdas, si bien se afirma que todos ellos comparten algunas características generales, distintas a las del nuevo terrorismo. En particular, diferencian entre las motivaciones, los comportamientos, y la forma de organizarse. Cabe señalar que también utilizan esta distinción algunos juristas: por ejemplo, en España, CANO PAÑOS, *Revista Española de Investigación Criminológica*, N°7, 2009, págs. 1-30. GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, pág. 17, crítica de las historias generales de estos autores que no abordan de forma aceptable la cuestión, ya que, o bien se centran en aspectos técnicos (tácticas, objetivos, armas), culturales (fanatismo, fundamentalismo religioso) y psicológicos (presunta mentalidad terrorista), especialmente en la época poscolonial, o bien se detienen en cuestiones ideológicas (del tiranicidio al nihilismo, propaganda por el hecho, marxismo, nacionalismo) y sociológicas (organizaciones), enfocando el fenómeno de forma prioritaria a partir de la segunda posguerra mundial, pero insertan muy tangencialmente el terrorismo en el contexto de los grandes procesos de cambio político revolucionario y contrarrevolucionario de los últimos dos siglos.

⁴⁷¹ MCALLISTER/SCHMID, en: SCHMID (Ed.), *Handbook of Terrorism Research*, 2011, págs. 228.

⁴⁷² *Ibid.*, pág. 233.

⁴⁷³ GONZÁLEZ CALLEJA, *Revista de Psicología Social*, N°24:2, 2009, págs. 126-128; GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, págs. 137 y ss.

Tanto RAPOPORT como GONZÁLEZ CALLEJA estudian también algunos fenómenos terroristas anteriores al último cuarto del siglo XIX, que es cuando comenzaría lo que se denomina primera oleada. Se refieren a tres ejemplos relacionados con las tres principales religiones abrahámicas: los *Zelotes* y los *Sicarii*, los “asesinos islámicos” (“*Haššašīn*” en árabe o los “*Islam’s Assassins*” en inglés), o los “Cruzados Cristianos”. Más tarde, se refieren a otros ejemplos, como el del *Ku Klux Klan* en Estados Unidos, surgido en 1865⁴⁷⁴.

Pasando a la primera de las oleadas, la denominada anarquista, se dice que su estrategia predominante era la del asesinato de miembros prominentes de la sociedad burguesa (políticos, militares, policías, empresarios), generalmente por parte de grupos pequeños poco organizados o por individuos⁴⁷⁵. El primero de los atentados considerado dentro de esta oleada es el asesinato del Zar Alejandro II en 1881 por un grupo populista ruso llamado *Naródnaya Volia* (“la Voluntad del Pueblo”). Se sucedieron multitud de atentados durante la oleada⁴⁷⁶, que no se circunscribieron a Europa. También existieron muestras de este tipo de violencia en Estados Unidos. De hecho, se llegó a asesinar al presidente estadounidense William McKinley en 1901.

La finalidad de estos ataques no era únicamente la de eliminar personalidades que coadyuvaran a la política imperante, sino más bien encerraba el objetivo de la transmisión de mensajes y propaganda. De hecho, ello está respaldado por la teoría de la “propaganda por el hecho”, una estrategia anarquista basada en el supuesto de que el impacto de una acción genera más repercusiones, obtiene más relevancia y, por tanto, es mucho más eficaz que la simple palabra para despertar las energías rebeldes del pueblo⁴⁷⁷. Los avances tecnológicos de la comunicación y el transporte en aquellos años contribuyeron especialmente a esta estrategia de comunicación. La información sobre los atentados

⁴⁷⁴ Sobre todo ello: GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, págs. 66- 77; RAPOPORT, *Waves of Global Terrorism: From 1879 to the Present*, 2022, págs. 13-63.

⁴⁷⁵ RAPOPORT, *Waves of Global Terrorism: From 1879 to the Present*, 2022, págs. 65-109.

⁴⁷⁶ Como atentados más relevantes en España en el contexto de esta oleada anarquista pueden citarse: el cometido contra Arsenio Martínez Campos, capitán general de Cataluña, que provocó dos muertes (no la suya) y varios heridos en 1893; el asesinato del político conservador Antonio Cánovas del Castillo en 1897; los realizados contra personas pertenecientes a las altas esferas de la burguesía en el Gran Teatro del Liceu de Barcelona en 1893; o, contra las instituciones eclesiásticas, como el atentado bomba en la procesión del Corpus de la Iglesia de Santa María en Barcelona en 1896, en el que murieron doce personas y más de setenta resultaron heridas, todas ellas miembros del público. Estos acontecimientos y otros provocaron la aprobación de normas penales (sobre ello, ver n.p. 1187).

⁴⁷⁷ La propaganda y el elemento comunicador es primordial en la estrategia terrorista anarquista, y es recurrente en las oleadas siguientes, con especial intensidad en la cuarta, concretamente en las actuaciones de Al-Qaeda y DAESH. Una comparativa sobre los modos de actuación del terrorismo anarquista y del yihadista, puede verse en: AVILÉS FARRÉ, *Historia y Política*, Nº27, 2012, págs. 227-249.

terroristas podía circular con relativa rapidez, al igual que los anarquistas podían viajar a otros lugares para llevar a cabo atentados. Estos cambios tecnológicos también facilitaron la emigración a gran escala desde diversas partes de Europa hacia sistemas políticos más democráticos, lo que creó audiencias simpatizantes en el extranjero⁴⁷⁸.

RAPOPORT fija temporalmente la segunda de las oleadas aproximadamente entre los años 1917 y 1965. GONZÁLEZ CALLEJA, sin embargo, como he señalado más arriba, divide esta oleada en dos, pues incluye en ella una etapa subsidiaria, representada por los movimientos totalitaristas del siglo XX⁴⁷⁹. En los totalitarismos, el lugar del Derecho lo ocupa el terror total, que ya no es, como durante la Revolución francesa, un recurso ocasional para la supresión de la disidencia, sino que tiene como coartada la existencia de cualquier oposición para dominar sin ningún freno ni obstáculo. Por ello, GONZÁLEZ CALLEJA considera a un Estado como terrorista cuando emplea el terror de forma sistemática, y se define en gran medida por la difusión continuada e indiscriminada del miedo sobre su propia población (no cuando recurre al terrorismo en algunas ocasiones o para ciertos propósitos). Regímenes totalitarios como los de la Alemania nazi, la URSS de Stalin o la Camboya del Khmer Rojo, buscaban una total dominación de la sociedad y la unanimidad sin fisura de sus ciudadanos⁴⁸⁰.

De la oleada “anticolonial” de RAPOPORT⁴⁸¹ (tercera oleada para GONZÁLEZ CALLEJA⁴⁸²), cabe destacar varias cuestiones. En primer lugar, que los Tratados de paz adoptados tras la I Guerra Mundial contribuyeron a deslegitimar las colonias y los imperios, al romper las estructuras imperiales y coloniales de los perdedores de la guerra. Los vencedores, en cambio, pudieron mantener sus imperios, pero no pudieron erradicar la noción de autodeterminación. De ahí que la segunda oleada de terrorismo se centrara en los esfuerzos de los disidentes por conseguir la retirada europea de los territorios colonizados, especialmente en las zonas en las que algunos segmentos de la población local preferían el *statu quo* colonial en lugar de la independencia. Aunque la II Guerra Mundial prolongó esta segunda oleada de terrorismo, disminuyó la capacidad de los Estados europeos para conservar sus imperios y aceleró su desintegración. En

⁴⁷⁸ RASLER/THOMPSON, *Terrorism and Political Violence*, N°21:1, 2009, pág. 30.

⁴⁷⁹ GONZÁLEZ CALLEJA, *Revista de Psicología Social*, N°24:2, 2009, págs. 126-128; GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, págs. 137 y ss.

⁴⁸⁰ GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, pág. 138.

⁴⁸¹ RAPOPORT, *Waves of Global Terrorism: From 1879 to the Present*, 2022, págs. 111-150.

⁴⁸² GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, págs. 221 y ss.

consecuencia, esta segunda oleada de terrorismo producida por los nacionalistas y los grupos anticoloniales también disminuyó⁴⁸³.

La tercera oleada de RAPOPORT⁴⁸⁴ o la cuarta de GONZÁLEZ CALLEJA⁴⁸⁵, se caracterizó por movimientos terroristas de la “nueva izquierda”⁴⁸⁶ y por movimientos separatistas o etnocentristas. Esta oleada se puede dividir en tres tendencias: el terrorismo nacionalista-separatista presente en el Ulster, Palestina, País Vasco o Québec; el terrorismo revolucionario latinoamericano fruto de la transición experimentada por los movimientos subversivos desde la guerrilla rural al terror urbano tras la desastrosa experiencia del *Che* en Bolivia; y la guerrilla urbana en Estados Unidos, Europa Occidental y Japón vinculada con las corrientes de la “nueva izquierda”⁴⁸⁷.

Tácticas como los asesinatos volvieron a estar de moda, junto con los secuestros de aviones y oficinas públicas, así como los secuestros de personas. En el contexto de la Guerra Fría, el entrenamiento y el apoyo a los terroristas se internacionalizaron cada vez más, al igual que los objetivos de los ataques terroristas. El final de la Guerra Fría y la resistencia de la comunidad internacional a estas exigencias terroristas finalmente condujeron a la desaparición de esta oleada en la década de 1980⁴⁸⁸. No obstante, algunos movimientos terroristas de carácter nacionalista-separatista aún se mostraron capaces de prolongar una situación de conflicto violento gracias a la articulación de un apoyo popular más estable y consistente⁴⁸⁹.

La cuarta oleada de RAPOPORT⁴⁹⁰ o la quinta de GONZÁLEZ CALLEJA⁴⁹¹ es la denominada religiosa. El comienzo de esta oleada coincide con tres hitos históricos. En primer lugar, 1979 fue el año en el año en que triunfó la Revolución Islámica en Irán; tuvo lugar la toma de la Gran Mezquita de la Meca⁴⁹² y la URSS intervino militarmente

⁴⁸³ RASLER/THOMPSON, *Terrorism and Political Violence*, N°21:1, 2009, págs. 30-31.

⁴⁸⁴ RAPOPORT, *Waves of Global Terrorism: From 1879 to the Present*, 2022, págs. 151-195.

⁴⁸⁵ GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, págs. 328-518.

⁴⁸⁶ El término “nueva izquierda” (“*new left*”) se utiliza en política para designar movimientos de los años sesenta y setenta del siglo XX que defendían una variedad de cuestiones sociales (derechos civiles y políticos, feminismo, derechos de los homosexuales, derecho al aborto, roles de género y reformas de la política de drogas). Algunos entendieron la “nueva izquierda” como una reacción de oposición a anteriores movimientos marxistas y sindicales, mientras que otros consideraron el movimiento como una continuación y revitalización de los objetivos de la izquierda tradicional.

⁴⁸⁷ GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, pág. 328.

⁴⁸⁸ RASLER/THOMPSON, *Terrorism and Political Violence*, N°21:1, 2009, pág. 31.

⁴⁸⁹ GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, págs. 13-14.

⁴⁹⁰ RAPOPORT, *Waves of Global Terrorism: From 1879 to the Present*, 2022, págs. 197-267.

⁴⁹¹ GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, págs. 537 y ss.

⁴⁹² La toma de la Gran Mezquita de La Meca (Arabia Saudí) fue un atentado terrorista que se prolongó dos semanas (desde el 20 de noviembre hasta el 4 de diciembre de 1979), durante un momento

en Afganistán⁴⁹³. Los modernos grupos terroristas inducidos por el fundamentalismo religioso hicieron su aparición en esa década. Destacaron organizaciones en el mundo musulmán, pero esta oleada incluyó acciones motivadas por otras religiones⁴⁹⁴.

crítico para el régimen imperante en el país, el de la familia Saúd. El 20 de noviembre de 1979, el líder del Grupo Salafí para la Promoción de la Virtud y la Prevención del Vicio, *al-Jama'a al-Salafiyya al-Muhtasiba*, tomó la Gran Mezquita acompañado de un grupo armado de entre 200 y 1500 seguidores. La organización, entre otros reclamos religiosos, pedían caída del régimen encabezado en ese momento por el rey Jálid bin Abdulaziz de la casa Saúd. Murieron más de trescientas personas.

⁴⁹³ La invasión de Afganistán por la URSS se produjo en el contexto de la Guerra de Afganistán, conflicto bélico que duró desde 1978 hasta 1992. En él se enfrentaron las fuerzas armadas de la República Democrática de Afganistán (gobernada por el Partido Democrático Popular de Afganistán) apoyadas por la URSS, contra los insurgentes *muyahidines*, grupos de guerrilleros afganos islámicos apoyados por otros países, que querían derrocar el estado socialista afgano que había surgido tras la conocida como Revolución del Sur en 1978. Ante la implementación del estado socialista en Afganistán, el gobierno de Estados Unidos inició la “Operación Ciclón”, que consistía en suministrar armas y una financiación a los rebeldes islámicos *muyahidines* (también lo hicieron otros Estados). En 1979, la URSS intervino militarmente. Tras casi una década de guerra, las fuerzas soviéticas se retiraron en 1989 con la firma de los Acuerdos de Ginebra entre Pakistán y la República Democrática de Afganistán. Aun así, los enfrentamientos entre los insurgentes y las fuerzas militares gobierno continuaron hasta abril de 1992, cuando la disolución de la URSS provocó el colapso económico del país y los fundamentalistas islámicos consiguieron implantar un Estado islámico.

⁴⁹⁴ GONZÁLEZ CALLEJA, *Revista de Psicología Social*, Nº24:2, 2009, pág. 134, cita algunos ejemplos. Dentro del ámbito musulmán: el movimiento islamista palestino que resurgió a partir de la revolución iraní vio nacer en 1983 la Yihad Islámica tras la marcha de los combatientes palestinos del Líbano; el movimiento Hamás se desarrolló tras el desencadenamiento de la Intifada en los territorios ocupados por Israel en 1988, y Hezbollah inició su andadura en respuesta a la invasión israelí del Líbano en 1982. En Cachemira, los grupúsculos más extremistas del separatismo islámico iniciaron una ofensiva terrorista en 1989, y en Argelia la radicalización del Frente Islámico de Salvación tras la interrupción del proceso electoral y la declaración del estado de urgencia en el país en 1992 facilitó la reaparición del terrorismo. Y, respecto de otros movimientos religiosos: los grupos fundamentalistas sikhs en el Punjab (India) desde 1984; el terrorismo judío que arranca de las actividades del rabino Mehir Kahane en Brooklyn en 1968; las guerras civiles libradas entre tamiles hinduístas y cingaleses budistas en Sri Lanka (1983-90 y 1990-95); los fenómenos terroristas de supremacistas blancos en Estados Unidos y Alemania (con la multiplicación de los ataques neonazis contra emigrantes o judíos); o la amenaza de grupos fanáticos como la secta budista-hinduista *Aum Shinrikiyo*, que perpetró el atentado con gas en el metro de Tokio en 1995.

A partir de 1990, destaca de esta etapa la expansión del fenómeno, en el sentido de que ya circunscribe regionalmente, sino que ocupa una posición globalizada. Destacan sin parangón dos organizaciones yihadistas⁴⁹⁵, Al-Qaeda⁴⁹⁶ y DAESH⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ La expresión *yihadismo* es un neologismo occidental utilizado para denominar las ramas más violentas y radicales dentro del islam político, caracterizadas por la utilización del terrorismo. Sin embargo, la *yihad* como concepto básico de la religión islámica (que literalmente significa *esfuerzo* o *empeño*) es una cuestión muy debatida y que no tiene que ver necesariamente con la violencia. Así pues, *yihad*, tiene dos significaciones, la “*yihad* menor” de inspiración más violenta, en la que se intentan legitimar los que la utilizan en nombre de la religión, y la “*yihad* mayor”, que representa el esfuerzo que todo creyente debe realizar para ser mejor persona y dejar de lado la avaricia, el egoísmo y el mal. Sobre el concepto de *yihad* y su evolución: GONZÁLEZ CALLEJA, *El laboratorio del miedo*, 2012, págs. 555 y ss.

⁴⁹⁶ Al-Qaeda nace en el año 1988, en el último periodo de la Guerra de Afganistán (ver n.p. 493). La organización fue fundada por Osama Bin Laden, Abdullah Azzam y Ayman Al-Zawahiri, como una organización inspirada en el pensamiento salafista yihadista (que dicta que el concepto religioso de *yihad* debe ser entendido exclusivamente en su acepción belicosa, y justifica moral y utilitariamente la violencia). En sus orígenes, se formó como un movimiento de oposición anti-soviético, aunque sus objetivos fueron evolucionando con el tiempo. Se dice que Al-Qaeda se consolida como organización terrorista durante la primera mitad de los años noventa, perpetrando entre 1991 y 1996 numerosos ataques en países de la Península Arábiga y del este de África. A partir de 1996, la organización comienza a idear y a llevar a cabo atentados contra “objetivos occidentales”. El primero de ellos se produjo el 7 de agosto de 1998, con dos atentados contra las embajadas estadounidenses en Dar es Saalam (Tanzania) y en Nairobi (Kenia), con más de 200 muertos y 4000 heridos, consiguiendo una especial atención mediática global. Sin embargo, no se intensifica la visión de la amenaza hasta el 11-S. Otros tres hitos importantes para la organización fueron los atentados de Bali el 12 de octubre de 2002, en Madrid el 11 de marzo de 2004 y en Londres el 7 de julio de 2005, pero pueden citarse muchos otros: el doble atentado en Mombasa de 2002; los atentados de 2003 en Yakarta, Casablanca, contra la sede de la ONU en Bagdad y en Estambul; o el doble atentado en Argel de 2007; etc. Como consecuencia de la invasión estadounidense de Afganistán en 2001 en respuesta a los atentados del 11-S, Al-Qaeda se reubicó en Pakistán. Se produjo una descentralización de su estructura, se organizaron algunas ramas territoriales subordinadas y se establecieron relaciones con otras organizaciones o grupos yihadistas. Entre 2003 y 2007, se podían distinguir las siguientes ramas territoriales de Al-Qaeda: Al Qaeda en la Península Arábiga, Al Qaeda en la Tierra de los Dos Ríos o Irak (que desde 2006 fue renombrada como Estado Islámico de Irak) y Al Qaeda en el Magreb Islámico (además de otras organizaciones asociadas como Tharik e Taliban Pakistan, Yemaa Islamiya, Al Shabab, etc.).

⁴⁹⁷ En cuanto a las principales características del DAESH y su origen y desarrollo, puede decirse que una de las ramas de Al-Qaeda citadas en la n.p. anterior, Al-Qaeda en Irak, es la organización de la que proviene lo que actualmente se conoce como Estado Islámico o DAESH. Al-Qaeda en Irak era una fracción de Al-Qaeda liderada por el jordano Abu Musab Al-Zarqawi. En 2006, Al-Zarqawi es eliminado por soldados estadounidenses. Tras su muerte, sus lugartenientes se unen con a otros jefes de diferentes grupos yihadistas y se renombran como Estado Islámico de Irak. Esta organización está dirigida en principio por un delegado de Osama Bin Laden, Abu Ayyub Al-Masri, quién pasaría el mando más tarde a Abu Hamza Al-Baghdadi. Abu Hamza muere en 2010 en una operación conjunta entre soldados estadounidenses e iraquíes y el nuevo líder de la reconstituida organización yihadista pasa a ser Abu Bakr Al-Baghdadi. El año 2011 es de vital importancia para el auge del Estado Islámico, por varios motivos: 1. Es el año en el que el líder de Al-Qaeda, Osama Bin Laden es asesinado a manos de las tropas de élite estadounidenses, tomando el mando de la red terrorista el único de los cofundadores vivo, Al-Zawahiri; 2. Dan comienzo las Primaveras Árabes en algunos países del entorno, teniendo un especial significado la rebelión siria; 3. Se produce la retirada de tropas estadounidenses de Irak en diciembre de ese año. En 2013, Al-Baghdadi desafió el liderazgo de Al-Zawahiri, y el Estado Islámico de Irak y el Levante se escindió definitivamente de Al-Qaeda. El 29 de junio de 2014, el Estado Islámico de Irak y el Levante anuncia la proclamación de un califato que desde entonces se conocería como Estado Islámico. Abu Bakr Al-Baghdadi, que entonces ostentaba el título de emir del Estado Islámico de Irak y el Levante, se autoproclama califa de todos los musulmanes, recibiendo el nombre de Califa Ibrahim y pronuncia su discurso de la victoria en la Gran Mezquita de la entonces recién “conquistada” Mosul (Irak). Desde la proclamación del califato en 2014 hasta su “derrota” en 2019, el Estado Islámico había conseguido lo que ninguna organización de su signo había logrado: el control de amplios territorios en Siria e Irak, actuando durante algunos años como un “semiestado”. En su momento más álgido, el Estado Islámico controlaba alrededor de un tercio del territorio

RAPOPORT aprecia su quinta oleada en el potenciamiento de la violencia de extrema derecha. No es el único. Otros autores han venido estudiando el fenómeno desde hace algunos años. Obviamente, se habían dado acciones violentas de este signo político en el pasado⁴⁹⁸, pero el punto de inflexión que parece abrir una esfera diferenciada es el atentado perpetrado en Noruega en 2011⁴⁹⁹. Después, se han ido sucediendo numerosos atentados marcados por la ideología de extrema derecha de sus autores, muchos de ellos en Alemania⁵⁰⁰. Adelanto, de todos modos, que la violencia de signo de extrema derecha encuentra problemas para ser considerada como terrorismo⁵⁰¹. Políticamente, se cataloga como “extremismo”, y, jurídicamente, esta violencia se reconduce a través de los “delitos de odio”⁵⁰². De hecho, recientemente la UE ha puesto de manifiesto, en su evaluación de la Directiva 541/2017, que algunos Estados miembros tienen dificultades para tipificar los actos violentos de extrema derecha como terrorismo, siendo este un aspecto crucial para garantizar que la Directiva no se aplique de forma discriminatoria⁵⁰³.

sirio y un 40% aproximadamente del territorio de Irak. En diciembre de 2017 había perdido aproximadamente el 95% de estos territorios, incluyendo dos de sus bastiones, Mosul en Irak, y Raqqa en Siria (la fijada capital del Estado Islámico). Sobre los orígenes de DAESH: CHALIAND, en: CHALIAND/BLIN (Eds.), *The History of Terrorism*, 2016, págs. 435-451; y, más sucintamente, CHICHARRO LÁZARO, *Revista electrónica de estudios internacionales*, N°29, 2015, págs. 3-7. Una descripción sobre su auge y caída: “Timeline: the Rise, Spread, and Fall of the Islamic State”, *Wilson Center*, 28 de octubre de 2019.

⁴⁹⁸ Por ejemplo, en España, tras la dictadura franquista, hubo algunas organizaciones de extrema derecha: el Batallón Vasco Español, la Triple A (Alianza Apostólica Anticomunista) o los Grupos Armados Españoles. Sus principales objetivos eran el retorno a una dictadura y una respuesta a ETA con un terrorismo de signo político opuesto. Se les atribuyen alrededor de 60 asesinatos entre 1975 y 1982.

⁴⁹⁹ El 22 de julio de 2011, un ultraderechista llamado Anders Breivik mató a 77 personas detonando una bomba en el centro de Oslo y mediante un tiroteo en la Isla de Utoya (Noruega), donde había un campamento juvenil del Partido Laborista. Fue condenado por delitos de terrorismo a una pena de 21 años prorrogables (aunque no actuó en el seno de ninguna organización terrorista).

⁵⁰⁰ Una cronología de atentados de este signo puede verse en: AVILÉS FARRÉ/RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, *Informe del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, N°12, 2022, págs. 19 y ss.; y en: “Cronología de la violencia de ultraderecha en Alemania”, *Deutsche Welle*, 20 de febrero de 2020. Consulta: <https://www.dw.com/es/cronolog%C3%ADa-de-la-violencia-de-ultraderecha-en-alemania/a-49269625> (último acceso 19/03/2023).

⁵⁰¹ De hecho, un importante informe sobre datos estadísticos sobre terrorismo, el GTI, comienza a preocuparse más específicamente por los grupos de extrema derecha en 2018, para empezar a incluirlos en su informe estadístico en 2019.

⁵⁰² RAVNDAL, *Right-Wing Terrorism and Violence in Western Europe*, 2017, págs. 7-8 y 46. RAVNDAL ha observado a partir de sus investigaciones que, si un inmigrante musulmán mata a un europeo cualquiera en nombre de Allah, su delito tiene más probabilidades de ser considerado terrorista que si un europeo mata a un inmigrante musulmán cualquiera para “defender” a su país del islam.

⁵⁰³ UE, COM(2021) 701 final “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo basado en el art. 29.2, de la Directiva (UE) 2017/541 (...)”, 18 de noviembre de 2021; FRA, *Directive (EU) 2017/541, on combating terrorism, impact on fundamental rights and freedoms*, 2021, págs. 9 y 38.

III. El terrorismo y el Derecho

Hasta aquí he intentado, de forma necesariamente breve, destacar los elementos que los estudiosos de las ciencias sociales han atribuido al terrorismo, y describir las violencias políticas que a lo largo de la Historia mundial han sido generalmente designadas como terroristas (y las que son designadas como tales actualmente). Como se observa, la definición desde otros campos del conocimiento no es ni mucho menos pacífica, manifestando algunos autores que la búsqueda de esta no es más que una quimera o un atolladero del que es imposible salir.

Ahora bien, la necesidad de una definición de terrorismo y sus características exigibles varían según los distintos campos que emprendan la tarea definitoria. Los sociólogos o los criminólogos, por ejemplo, necesitan una definición para delimitar los parámetros de lo que estudian, por lo que su labor es en ese sentido más descriptiva. El Derecho, sin embargo, tiene que afrontar retos a los que no están necesariamente expuestos otros campos del conocimiento, ya que no implica un ejercicio únicamente descriptivo, sino predominantemente prescriptivo⁵⁰⁴. Mucho más, si estamos ante conductas que podrían considerarse delictivas, y que por tanto exigen en su tipificación una serie de requerimientos específicos. Y precisamente por ello, de esos barrotes estos lodos, pues la ausencia de una definición empírica de lo que es el terrorismo lleva a la práctica imposibilidad de encontrar una respuesta adecuada a su conceptualización jurídica. GUZMÁN DÁLBORA se pregunta precisamente cómo puede el Derecho construir el concepto de terrorismo, cuya base es evidentemente un fenómeno social, si las ciencias sociales no aciertan a dar con su propio concepto. No habiendo producción conceptual primitiva, ¿de dónde se tendrían que obtener los fundamentos para una producción conceptual de segundo grado?⁵⁰⁵.

Ello contrasta con la existencia de una hiperregulación en la materia, que se desarrolla exponencialmente, careciendo de consenso en su definición jurídica y en el régimen jurídico aplicable. Ante ello, cabrían varias posibilidades. Por un lado, podría prescindirse de la utilización del término en el ámbito jurídico y reconducirlo a través de otras categorías sí definidas jurídicamente. Esto último, aunque loable, resulta ciertamente inviable en la práctica dada la ingente producción normativa/regulatoria en

⁵⁰⁴ GREENE, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 66, 2017, págs. 414-415.

⁵⁰⁵ GUZMÁN DÁLBORA, en: AMBOS/MALARINO/STEINER (Ed.), *Terrorismo y derecho penal*, 2015, pág. 413.

la materia y la consideración política del terrorismo. Por ello, a pesar de que se trate de una tarea ardua, sería deseable fijar los elementos presentes en la definición jurídica de terrorismo, y con ello, de entrada, saber a qué y a quiénes se aplica su régimen jurídico. Una definición contribuiría a evitar, al menos, algunas de las problemáticas que envuelven este fenómeno, fundamentalmente: disminuirían las violaciones de derechos humanos que se dan en el contexto de la persecución de este; se desentrañaría cuál es el Derecho aplicable y las políticas más adecuadas (¿militares? ¿criminales? ¿ambas?); se desterraría su utilización en la lucha contra otro tipo de violencias que encajan mejor en otras conductas delictivas (o, quizás, en ninguna, por tratarse de violencia permitida en el ámbito de un conflicto armado, por ejemplo); o ayudaría a diseñar políticas efectivas para prevenirlo (tanto penales como extrapenales). Ahora bien, en caso de buscar una definición, esta debe ser restrictiva y consecuente con los elementos que diferencian a la violencia terrorista de otras violencias, pues actualmente, los múltiples fenómenos violentos que se incluyen en las distintas definiciones jurídicas de terrorismo son tan dispares que no pueden identificarse de forma fundada con un mismo fenómeno. En este mismo sentido se ha pronunciado el Relator Especial, indicando que, si no se define el término, algunos Estados pueden tergiversarlo deliberadamente y utilizar la legislación antiterrorista para perseguir otro tipo de violencias; y, además, se corre el riesgo de que se acaben por legitimar involuntariamente las prácticas de regímenes opresores al transmitirse el mensaje de que la comunidad internacional desea que se actúe con contundencia contra el terrorismo, cualquiera sea su definición⁵⁰⁶.

Los intentos definatorios han sido múltiples, como también lo han sido sus distintos abordajes desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable. Es necesario, entonces, realizar una aproximación al fenómeno desde el Derecho internacional público (incluyendo el Derecho penal internacional) y desde el Derecho europeo (UE y Consejo de Europa), para pasar después analizar su abordaje desde un punto de vista interno.

⁵⁰⁶ Informe del Relator Especial, E/CN.4/2006/98, de 28 de diciembre de 2005, pág. 8.

CAPÍTULO I. El terrorismo y el Derecho internacional público

I. Introducción

PASTOR RIDRUEJO advierte que el Derecho internacional contemporáneo ya no tiene únicamente la función clásica de regular las relaciones entre Estados y distribuir las competencias entre ellos, sino que tiende además al desarrollo de los pueblos e individuos, lo cual exige una cooperación en muchas materias que antes asumían exclusivamente los Estados y que regulaban los Derecho internos⁵⁰⁷. Aunque el *ius puniendi*, que es lo que aquí interesa, se caracteriza por ser un importante aspecto de la soberanía estatal, cada vez cobran más importancia los mandatos internacionales de homogeneización penal, sobre todo en algunas materias, tales como la criminalidad organizada, el fraude fiscal, el blanqueo de capitales, el narcotráfico, el terrorismo, la trata de personas o los crímenes internacionales (estos últimos incluso hacen surgir responsabilidad penal internacional individual ante la CPI). Así pues, tienen un especial impacto en nuestro Derecho penal interno las normas emanadas de la UE, los tratados internacionales de los que España es parte, las Resoluciones del Consejo de Seguridad, las normas del Consejo de Europa y las Sentencias del TEDH.

Mi objetivo en este punto del trabajo es presentar un panorama de los instrumentos internacionales que influyen en el tratamiento del fenómeno terrorista y realizar una valoración sobre ellos. El terrorismo, al constituir un fenómeno polimorfo y sin claras fronteras (ni conceptuales, ni físicas), ha sido abordado jurídico internacionalmente desde varios frentes. La falta de consenso en su definición jurídica lleva a una falta de consenso en relación con las medidas para prevenirlo y reprimirlo. El terrorismo ha sido entendido por algunos como un acto de guerra, por lo que se ha intentado atajar a través de la política militar. También se entiende como un fenómeno delictivo, por lo que coexisten multitud de políticas internacionales centradas en la cooperación judicial y policial y en la homogeneización de las políticas criminales antiterroristas de los Estados. No obstante,

⁵⁰⁷ PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho internacional público*, 26ª ed., 2022, págs. 172-173.

los hechos han demostrado que, en realidad, la caracterización jurídica del terrorismo nunca es pura, y por ello el régimen jurídico que se utiliza para prevenirlo toma aspectos de distintas partes del Derecho y la política.

A pesar de los numerosos instrumentos jurídico (o político)-internacionales en materia de terrorismo, nos encontramos ante un genuino escenario de inseguridad jurídica. Actualmente existe una vasta regulación internacional de terrorismo (convenios internacionales, tanto generales como regionales, resoluciones, normativa comunitaria, etc.) que se expande descontroladamente sin contar con la resolución del problema de base, saber qué es jurídicamente eso que llamamos terrorismo. Paradójicamente, aun encontrándonos en este terreno jurídico tan movedizo, asistimos, sobre todo desde hace dos décadas, a una sobreexplotación de los términos “terrorismo” y “acto terrorista”.

Esta falta de definición hace que las soluciones jurídicas para atajarlo (emanadas de cualquier nivel) tengan distinta naturaleza jurídica, y, por consiguiente, distinto alcance; y, por otro lado, que se den en la materia tanto solapamientos como lagunas, dado el elevado número de instrumentos existentes y una absoluta ausencia de sistematicidad. A nivel internacional general, la ONU manifestó la complejidad de la cuestión y optó jurídicamente por abordarla de forma sectorial (previéndose, y después, constatándose, la imposibilidad de llegar a una definición internacionalmente consensuada de terrorismo plasmada en un Convenio general), mientras que a nivel regional europeo (UE y Consejo de Europa) se ha optado por la adopción de dos Convenios en el seno del Consejo de Europa, y por la aprobación de dos DM y una Directiva en el seno de la UE, decantándose estas últimas normas por la formulación de conceptos funcionales de terrorismo⁵⁰⁸. A esta falta de definición consensuada internacionalmente se le unen otras problemáticas. En primer lugar, la consideración del terrorismo como una amenaza a la paz y seguridad internacionales y como un acto de guerra, habiéndose perpetrado determinadas prácticas militares estatales para combatirlo que no respetan ni el DIH ni los procedimientos de toma de decisiones y de uso de la fuerza instituidos en la Carta; y, en segundo lugar, la consideración (o no) del terrorismo como crimen internacional, susceptible, por consiguiente, de hacer surgir responsabilidad penal internacional individual.

⁵⁰⁸ Señala PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, pág. 104, refiriéndose a la norma europea, que no puede hablarse propiamente de la existencia de una definición de terrorismo, aunque sí se realice una configuración del delito de terrorismo.

II. La Organización de las Naciones Unidas ante el terrorismo

1. El enfoque multidimensional del Consejo de Seguridad

1.1. El mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y el sistema de seguridad colectiva instituido en la Carta

El Consejo de Seguridad⁵⁰⁹ ostenta la prerrogativa principal de mantener la paz y la seguridad internacionales (art. 24 de la Carta). Representa el único órgano de la ONU cuyas decisiones son de obligado cumplimiento para todos los Estados miembro y es el órgano legitimado para activar el sistema de seguridad colectiva instituido en la Carta⁵¹⁰. Este sistema se encuentra regulado en los Capítulos VII y VIII de la Carta, y faculta al Consejo de Seguridad para la imposición medidas coercitivas, y, si estas resultan ineficaces, para autorizar el uso de la fuerza contra los Estados que amenacen la paz y la seguridad internacionales (arts. 41 y 42), a pesar de que el art. 2.4 de la Carta prohíbe el recurso a la amenaza o el uso de la fuerza entre los Estados. La única excepción a esta prohibición es la legítima defensa prevista en el art. 51 de la Carta⁵¹¹.

Desde la constitución de la ONU y su sistema de seguridad colectiva, la forma de abordar la solución de los conflictos de la comunidad internacional ha cambiado

⁵⁰⁹ Es uno de los seis órganos principales de la ONU, de carácter intergubernamental y de participación restringida. Está compuesto por quince miembros, diez rotatorios y cinco permanentes (Rusia, Estados Unidos, China, Francia y Reino Unido). Estos últimos, ostentan un derecho de veto para las decisiones de fondo.

⁵¹⁰ Para activar el sistema de seguridad colectiva es necesario el voto afirmativo de nueve de los miembros del Consejo de Seguridad (entre los que deben figurar los votos de los cinco miembros permanentes).

⁵¹¹ “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo de Seguridad conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”. Este artículo fue interpretado por la STIJ de 27 de junio de 1986, *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua* y contra ella; Nicaragua contra Estados Unidos de América, en el que estableció una serie de requisitos que deben observarse por parte de los Estados a la hora de invocar una legítima defensa: la existencia de un ataque armado; una respuesta inmediata; necesidad y proporcionalidad entre el ataque sufrido y la respuesta del Estado agredido; y, por último, provisionalidad de la medida o su limitación en el tiempo (ya que solo será legítima “hasta que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales”). Y por supuesto, esta respuesta armada por parte de un Estado deberá respetar las normas de DIH. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, 26ª ed., 2022, pág. 668, recuerda que el art. 51 se refiere exclusivamente a la legítima defensa frente a un ataque armado, por lo que no está autorizando la legítima defensa preventiva, es decir, la que se produciría ante el temor razonable y fundado de una agresión.

sobremano, al mismo tiempo que los conflictos mismos han ido evolucionando. En un principio, el sistema de seguridad colectiva se instituye para impedir el nacimiento de conflictos que pudieran derivar en una III Guerra Mundial. Sin embargo, desde el comienzo de la Guerra Fría hasta su término, no se invocó prácticamente el Capítulo VII⁵¹², pues las decisiones del Consejo de Seguridad eran sistemáticamente paralizadas por los vetos de la URSS y de Estados Unidos a cada una de las propuestas que elaboraba la potencia antagónica en el seno del Consejo de Seguridad. A partir de los años noventa, tras la Guerra Fría, comienza a accionarse el sistema de seguridad colectiva, si bien se trata de un periodo en el que la mayoría de los conflictos se producen en el interior de los Estados y no entre Estados entre sí.

El hito que marca el siguiente cambio en la forma de los conflictos internacionales se produce a comienzos del siglo XXI, como no podía ser de otro modo, con los atentados del 11-S en Estados Unidos. Este suceso motivó la aprobación de la Resolución 1368 (2001) por parte del Consejo de Seguridad, la cual calificó *todos* los ataques terroristas como una amenaza para la paz y seguridad internacionales⁵¹³, al señalar lo siguiente: “(...) esos actos [los del 11-S], *al igual que cualquier acto de terrorismo internacional*, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”, y que está “decidido a combatir por todos los medios las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo”, reconociendo “el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta”, aunque este reconocimiento se hace de forma genérica y en los considerandos de la Resolución. Estas apreciaciones del Consejo de Seguridad tienen implicaciones jurídico-políticas de calado, pues la consideración de todos los actos terroristas internacionales como una amenaza para la paz y seguridad internacionales podría entenderse como un título habilitante para la activación del sistema de seguridad colectiva, y, por consiguiente, los Estados víctimas de un *ataque armado terrorista*, podrían invocar su derecho a la legítima defensa. Ahora bien, el Consejo de Seguridad, tanto en esta Resolución como en la posterior 1373, elude el término “ataque armado” (aunque esta Resolución fuera una de las justificaciones jurídicas que Estados Unidos adujo para invadir Afganistán en 2001, como seguidamente

⁵¹² Durante los años de la Guerra Fría se consiguió en una única ocasión accionar el sistema de seguridad colectiva, cuando Corea del Norte invadió Corea del Sur en 1950. Se alcanzó una Resolución gracias a la ausencia del representante de la URSS en el Consejo de Seguridad.

⁵¹³ Ya había reconocido en su Resolución 731 (1992) “el derecho de todos los Estados, (...) de proteger a sus nacionales de los actos de terrorismo internacional que constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”.

veremos). Y he aquí precisamente el *quid* de la cuestión. En teoría, los ataques armados solo los pueden realizar Estados⁵¹⁴. Si estamos ante una amenaza terrorista, en la mayoría de los casos estamos ante una amenaza de carácter privado, en el sentido de que se trata de asociaciones de carácter no estatal, y, en los últimos tiempos, organizaciones difusas y a menudo dispersas en los territorios de varios Estados y cuyos miembros no están identificados ni mucho menos en su totalidad. ¿Hacia quién dirigiría entonces el Consejo de Seguridad las medidas preventivas o sanciones del Capítulo VII de la Carta, o en su caso, las medidas que implican el uso de la fuerza? Los terroristas siempre van a estar físicamente en el territorio de algún Estado, por lo que las medidas siempre afectarán a la soberanía de algún Estado. Y, por supuesto, todo ello si se asume que el terrorismo encarna una amenaza para la que deba emplearse el sistema de seguridad colectiva, pues bien podría asumirse que al tratarse de organizaciones privadas y de carácter no estatal, el instrumento adecuado para combatirlos serían las legislaciones penales domésticas de cada Estado (o, como se ha propuesto por parte de algunos Estados, mediante la inclusión del terrorismo internacional en la competencia de la CPI⁵¹⁵).

En cualquier caso, el *carácter asimétrico del conflicto* y la falta de consenso en la definición del terrorismo, hacen que la toma de decisiones por parte de la ONU en la materia sea complicada. Sin embargo, ello no es óbice para que algunos Estados hayan empleado la fuerza unilateralmente para intentar atajar la amenaza, o con este argumento. Me refiero a la “Guerra contra el Terror” (“*War on Terror*”⁵¹⁶) que declaró George Bush (con el apoyo posterior de otros muchos Estados) tras los atentados del 11-S, cuyas

⁵¹⁴ Extensamente, sobre la flexibilización de los requisitos de la legítima defensa: REGEIRO DUBRA, *La legítima defensa*, 2012, págs. 127 y ss.

⁵¹⁵ Ver *infra*: El Derecho penal internacional ante el terrorismo.

⁵¹⁶ El uso por parte del gobierno estadounidense de la palabra “guerra” para designar la persecución de ciertos fenómenos criminales no se realiza por primera vez en 2001. Algunos fijan como antecedente de la “*War on Terror*” la política del presidente Roosevelt para con el fenómeno anarquista. El 6 de septiembre de 1901, el presidente de los Estados Unidos William McKinley (1897-1091) fue asesinado por el anarquista Leon Czolgosz. Su sucesor, Theodore Roosevelt, declaró al anarquismo como un “crimen contra toda la raza humana” (“*Anarchy is a crime against the whole human race; and all mankind should band against the anarchist. His crime should be made an offence against the law of nations, like piracy and that form of man-stealing known as the slave trade; for it is of far blacker infamy than either*”). Theodore Roosevelt, State of the Union Address, 3 de diciembre de 1901). Durante su mandato aprobó la Ley de Exclusión Anarquista (*Anarchist Exclusion Act*), que fue la primera de una serie de leyes represivas contra los inmigrantes y los disidentes políticos, e impulsó una “cruzada internacional” contra el terrorismo anarquista. Más recientemente, también se ha utilizado el término guerra para designar la política impulsada por el gobierno de Estados Unidos desde principios de los años setenta del siglo pasado, orientada fundamentalmente hacia la persecución de la producción, comercio y consumo de sustancias psicoactivas: “Guerra contra las drogas (*War on Drugs*)”. El término fue popularizado por los medios de comunicación poco después de una conferencia del presidente Richard Nixon el 18 de junio de 1971, en la que expresó que el abuso de las drogas era “el enemigo público de Estados Unidos”.

ofensivas en Oriente Medio y África, concentradas principalmente en Afganistán e Irak⁵¹⁷, mantuvieron los presidentes Barack Obama y Donald Trump durante sus mandatos. Estos últimos presidentes, además, extendieron esta guerra a Irak y a Siria, entre otros Estados⁵¹⁸, como consecuencia del surgimiento del Estado Islámico⁵¹⁹. Todo ello, con justificaciones jurídicas más que discutibles, perpetrando desde 2001 guerras ilegales en cuyo seno se han consumado algunas de las mayores vulneraciones de derechos humanos de las últimas décadas.

Excurso: La “Guerra contra el terrorismo”: ¿son legítimas las medidas militares contra el terrorismo? Algunas consideraciones en relación con el Derecho Internacional Humanitario

Los atentados del 11-S⁵²⁰ fueron atribuidos a miembros de Al-Qaeda⁵²¹. Aproximadamente un mes después, concretamente el 7 de octubre de 2001, Estados Unidos decidió invadir militarmente Afganistán bajo la conocida como “Operación Libertad Duradera” (que contó con los sucesivos respaldos de otros Estados como el Reino Unido, Canadá o Australia y el de las fuerzas armadas de la OTAN⁵²²).

⁵¹⁷ Aunque los conflictos más graves y profundos de la “*War on Terror*” fueron los de Afganistán, Irak y Siria, se han dado multitud de ofensivas militares estadounidenses en su contexto. Por ejemplo, en Somalia, Uganda, Pakistán, Filipinas, Yemen, Libia, etc.

⁵¹⁸ La “Guerra contra el Estado Islámico” también ha incluido ofensivas militares en Libia, el Líbano, Filipinas, Mali, Nigeria, Mozambique, etc.

⁵¹⁹ Si bien Joe Biden, desde su toma de posesión como presidente de Estados Unidos el 20 de enero de 2021, se ha separado en ciertos aspectos de la actuación de sus antecesores, retirando las tropas estadounidenses de Afganistán y de Yemen.

⁵²⁰ Los atentados se sucedieron en distintos lugares. Cuatro aeronaves fueron secuestradas en el aire por 19 miembros de Al Qaeda, con la finalidad de estrellar los aviones contra edificios emblemáticos estadounidenses. El primer avión estrellado fue contra la Torre Norte del *World Trade Center* de Nueva York a las 8:46 de la mañana. Pocos minutos después, a las 9:03, otro avión se estrelló contra la Torre Sur, colapsando ambas torres en menos de dos horas. Un tercer vuelo chocó a las 9:37 de la mañana contra el lado oeste de la sede del ejército estadounidense, el Pentágono (Virginia). El cuarto avión secuestrado se dirigía a Washington DC (parece que con el objetivo de estrellarse contra el Capitolio o la Casa Blanca). Los pasajeros de este último avión intentaron recuperar el control de la aeronave y desviaron el vuelo, que terminó estrellándose en un campo del Estado de Pensilvania, a las 10:03 horas. Todos los actos descritos dejaron casi tres mil muertos y más de seis mil heridos.

⁵²¹ Sobre su origen, ver n.p. 496.

⁵²² El 12 de septiembre de 2001, el Consejo de la OTAN acordó que si se determinaba que el ataque del 11-S había sido dirigido desde el extranjero contra Estados Unidos, éste sería considerado como una acción contemplada en el art. 5 del Tratado de Washington, el cual estipula que un ataque armado contra uno o más de los Aliados será considerado un ataque contra todos ellos. Se trató de la primera vez en su historia que la OTAN invocó el art. 5 del Tratado. Puede consultarse la nota de prensa en: <https://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124e.htm> (último acceso 19/03/2023).

Para lanzar su ofensiva militar en Afganistán, el gobierno estadounidense se valió de una singular interpretación del derecho a la legítima defensa previsto en el art. 51 de la Carta⁵²³. Así, el gobierno norteamericano interpretó que los hechos acaecidos el 11-S constituían un ataque armado contra Estados Unidos, concretamente una agresión indirecta por parte de Afganistán. La idea de esta agresión indirecta se fundamentó en la supuesta connivencia del régimen gobernante en Afganistán, el de los talibanes, con terroristas de Al-Qaeda⁵²⁴. Ahora bien, aunque la mencionada organización gozara de “cierta tolerancia” por parte del régimen talibán, esto no podía equipararse a un ataque armado a Estados Unidos por parte de Afganistán⁵²⁵. Según la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, los Estados tienen el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, pero la falta de observancia de este deber por parte de Afganistán no implica un ataque armado por parte de Afganistán, siquiera indirecto, en el sentido de la activación del mecanismo de la legítima defensa. Además, dicho sea de paso, los concretos atentados del 11-S no tuvieron que ver con Afganistán en tanto que se prepararon y desarrollaron en territorio estadounidense⁵²⁶. Por todo ello, cabe concluir que los atentados no eran imputables a Afganistán.

Los demás requisitos que debe cumplir la legítima defensa, a saber, la inmediatez, la limitación en el tiempo y la necesidad de la respuesta y la proporcionalidad, tampoco se cumplieron de forma satisfactoria. En primer lugar, la reacción del Estado agredido debe ser inmediata (pues si no lo es la legitimidad de la respuesta la tiene el Consejo de Seguridad y no el Estado). A este respecto, tras el 11-S, el gobierno estadounidense tardó 26 días en intervenir en Afganistán. Se ha discutido doctrinalmente si esto pudo constituir una respuesta inmediata, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, pues, en primer lugar, debía conocerse la autoría

⁵²³ No era la primera vez que se utilizaba el derecho a la legítima defensa en conexión con actos calificados como terroristas. Sobre ello puede verse: REMIRO BROTONS, *Ius et Veritas*, N°18(37), 2008, págs. 210-212; REGEIRO DUBRA, *La legítima defensa*, 2012, págs. 266-295.

⁵²⁴ Así, en la carta que dirigió al Consejo de Seguridad el representante permanente de Estados Unidos ante la ONU con fecha de 7 de octubre de 2001 (S/2001/946) sobre las medidas tomadas conforme al art. 51 de la Carta se señala lo siguiente: “los ataques del 11-S y la continua amenaza que plantea a los Estados Unidos y sus nacionales la organización Al-Qaeda han sido posibles por la decisión del régimen talibán de permitir a esa organización que utilice como base de operaciones las partes del Afganistán que controla. (...) Desde el territorio del Afganistán, la organización Al-Qaeda sigue entrenando y apoyando a agentes terroristas (...). En respuesta a estos ataques, y de conformidad con el derecho inmanente de legítima defensa individual y colectiva, las fuerzas armadas de los Estados Unidos han iniciado acciones que tienen por objeto impedir nuevos ataques contra los Estados Unidos y disuadir de ellos”.

⁵²⁵ GONZÁLEZ VEGA, *REDI*, Vol. 53, N°1/2, 2001, págs. 255-256; ALDAVE ORZAIZ, *La guerra global contra el terrorismo*, 2018, pág. 60.

⁵²⁶ REGEIRO DUBRA, *La legítima defensa*, 2012, pág. 305; POZO SERRANO, *Anuario Español de Derecho Internacional*, N°32, 2016, pág. 164.

de los atentados, y después preparar, en su caso, la intervención militar⁵²⁷. Las actuaciones del Estado agredido deben ser provisionales y limitarse temporalmente hasta el momento en el que el Consejo de Seguridad entre en acción. El Consejo de Seguridad nunca adoptó en este supuesto las medidas necesarias para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, es decir, las medidas coercitivas de uso de la fuerza, por lo que la respuesta no puede calificarse de limitada o provisional. Y, por último, se encuentran los requisitos de necesidad y proporcionalidad. Como se ha dicho, la respuesta de Estados Unidos tuvo lugar casi un mes después de los atentados del 11-S, y, aunque el requisito de la inmediatez pueda flexibilizarse, lo que no puede admitirse es que existiera una necesidad de responder al ataque (de repelerlo) en tanto que el mismo ya se había consumado hacía tiempo. Además, Estados Unidos reconoció por escrito que las acciones militares que iba a llevar a cabo en Afganistán se realizaban “en respuesta a estos ataques” como “acciones que tienen por objeto impedir nuevos ataques contra los Estados Unidos, y disuadir de ellos”⁵²⁸. Así, la finalidad preventiva reconocida por el propio Estados Unidos a la respuesta militar separada en el tiempo, llevan a la conclusión de que las medidas que se adoptaron tenían la naturaleza de unas represalias armadas (prohibidas por el Derecho internacional) más que la naturaleza de una legítima defensa⁵²⁹. El uso de la fuerza debe ser proporcionado, no a la magnitud del ataque (en este caso, el 11-S), sino a los objetivos que se quieren conseguir (en este caso, detener a los responsables y destruir sus objetivos “militares”). Estados Unidos, sin embargo, se dedicó a derrocar al régimen talibán (lo que consiguió en su momento) y no se circunscribió a acabar con los objetivos militares de Al-Qaeda, por lo que su intervención no puede calificarse de proporcionada. Si en el momento de la invasión y poco después ya faltaba el requisito de la proporcionalidad, ello se ha perpetuado y agravado con el paso de los años, pues la Guerra de Afganistán liderada por Estados Unidos desde 2001 hasta 2021⁵³⁰ es, por el momento, la guerra más larga que ha librado el citado país en su historia. Además de no cumplir con los requerimientos internacionales de la legítima defensa ni con los procedimientos de toma de

⁵²⁷ Este supuesto hizo plantearse a CASSESE, *EJIL*, Vol. 12/5, 2001, págs. 997-998, una nueva caracterización de la institución de la legítima defensa, con la posibilidad de presentar una “respuesta demorada”.

⁵²⁸ Carta que dirigió al Consejo de Seguridad el representante permanente de Estados Unidos ante la ONU con fecha de 7 de octubre de 2001 (S/2001/946).

⁵²⁹ De esta opinión: GONZÁLEZ VEGA, *REDI*, Vol. 53, Nº1/2, 2001, pág. 258; NOVAK TALAVERA, *Agenda Internacional*, Año VII, Nº16, 2002, pág. 31; REGEIRO DUBRA, *La legítima defensa*, 2012, pág. 307; PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, 2017, pág. 55. REMIRO BROTONS, *Ius et Veritas*, Nº18(37), 2008, pág. 213, va más allá y argumenta que Estados Unidos invoca únicamente la “legítima defensa” para guardar las apariencias y escamotear su desdén hacia el sistema de seguridad colectiva, por lo que el concepto que mejor define su actuación en Afganistán es el de “autotutela” o “autodefensa”, que es la institución primitiva en cuya virtud cada Estado, por sí o mediante las oportunas alianzas, persigue la satisfacción de sus intereses, recurriendo eventualmente a la fuerza armada, a título o no de represalias o contramedidas.

⁵³⁰ Se considera que la Guerra de Afganistán finaliza con la caída de su capital, Kabul, el 15 de agosto de 2021, con la victoria de los talibanes. Estados Unidos retiró totalmente sus tropas el 30 de agosto del mismo año.

decisiones instituidos en la Carta, en esta guerra se han vulnerado manifiesta y repetidamente los derechos humanos y las normas de DIH.

El segundo (gran) capítulo de la “*War on Terror*” comienza con el despliegue de fuerzas armadas lideradas por Estados Unidos (y una coalición de más de 30 países, entre los que destacaban el Reino Unido y España) el 20 de marzo de 2003 en Irak bajo la “Operación Nuevo Amanecer”⁵³¹. Esta acción constituyó otra clara violación del Derecho internacional⁵³².

La justificación fáctica que esgrimió Estados Unidos para la invasión militar fue la creencia de que el gobierno iraquí presidido por Saddam Hussein estaba almacenando armas de destrucción masiva y dando apoyo a miembros de Al-Qaeda. Posteriormente, se añade a la argumentación la necesidad moral de derrocar el régimen de Bagdad para liberar al pueblo iraquí de flagrantes violaciones de derechos humanos y para implementar un régimen democrático en el país.

En cuanto a las justificaciones jurídicas, Estados Unidos mencionó dos argumentos que podrían calificarse, como mínimo, de débiles. En primer lugar, el Consejo de Seguridad adoptó en 2002 la Resolución 1441, en la que se indicaba que Irak ponía trabas a los inspectores que intentaban investigar la existencia de armas de destrucción masiva, por lo que incumplía las obligaciones que había contraído internacionalmente⁵³³. Se advirtió a Irak de que si continuaba en su negativa se expondría a “graves consecuencias”, lo que fue interpretado por Estados Unidos como una autorización para el uso de la fuerza (aunque, por supuesto, la autorización del uso de la fuerza debe ser expresa, no se puede deducir). Cierto es que en el momento de adoptar la Resolución Estados Unidos se “reservó” la posibilidad de defensa unilateral si Irak no se desarmaba; sin embargo, en términos jurídicos, la reserva de un comportamiento contrario a Derecho internacional no tiene valor alguno. Lo único que probaba precisamente esa “reserva” es que, atendiendo al texto de la Resolución 1441, no se legitimaba el uso de la fuerza, pues si se

⁵³¹ Sin embargo, como puede verse en KRAMER/MICHALOWSKI, *The British Journal of Criminology*, Vol. 45, Nº4, 2005, págs. 459-460, en la noche del 11-S y en los días posteriores, el gobierno de Bush se planteó la invasión inmediata de Irak, a pesar de que no había pruebas que relacionaran a Irak con los acontecimientos de aquel día. Tras una lucha interna en el gobierno, se tomó finalmente la decisión de anunciar la “Guerra contra el terrorismo” y comenzarla por Afganistán.

⁵³² De esta opinión: KRAMER/MICHALOWSKI, *The British Journal of Criminology*, Vol. 45, Nº4, 2005, págs. 463-464; FERRAJOLI, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2009, Nº9, págs. 19-20; REGEIRO DUBRA, *La legítima defensa*, 2012, págs. 185 y 365; PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho internacional público*, 26ª ed., 2022, pág. 795. También se pronunciaron en contra de la agresión la Comisión Internacional de Juristas, en un comunicado fechado el 18 de marzo de 2003, “ICJ deploras moves toward a war of aggression on Iraq”, consulta: <https://www.icj.org/icj-deploras-moves-toward-a-war-of-aggression-on-iraq/>; y numerosos profesores de Derecho internacional público y relaciones internacionales de diversas universidades españolas en su “Manifiesto contra la guerra”, consulta: <http://www.pensamientocritico.org/mangue0203.htm> (últimos accesos 19/03/2023).

⁵³³ Concretamente, la Resolución señala que “ha incurrido y sigue incurriendo en violación grave de sus obligaciones con arreglo a las resoluciones en la materia, entre ellas la Resolución 687 (1991), en particular al no cooperar con los inspectores de la ONU y con el Organismo Internacional de Energía Atómica y no llevar a cabo las medidas previstas en los párr. 8 a 13 de la Resolución 687 (1991)”.

entendía que con la Resolución ya se legitimaba el uso de la fuerza, carecía de sentido que Estados Unidos tuviera que hacer una reserva. El mismo día en que se produjo el ataque armado a Irak, el gobierno estadounidense dirigió una carta al Consejo de Seguridad en la que se contenía la segunda de las justificaciones jurídicas de la invasión⁵³⁴. Se decía que Estados Unidos estaba legitimado para usar la fuerza basándose en la Resolución de la I Guerra del Golfo, la Resolución 678 (1990), mediante la que se autorizó el uso de la fuerza contra Irak para que este abandonara los territorios de Kuwait que había invadido. Lo que intentaba Estados Unidos era reactivar los efectos de esa Resolución conectándola con otra posterior, la 687 (1991), en la que se imponía a Irak una serie de obligaciones en materia de desarme como condición de cese del fuego; y, habiendo incumplido esas obligaciones (ya que se suponía que tenía armas de destrucción masiva), habría vuelto a desplegar efectos la Resolución 678 estando facultado Estados Unidos para el uso de la fuerza⁵³⁵. Esta argumentación es totalmente artificiosa e improcedente, pues Estados Unidos estaba apelando a unas Resoluciones que se habían aprobado en el contexto de un conflicto totalmente diferente y fechadas más de una década atrás⁵³⁶.

Esta guerra ilegal tampoco fue detenida por intervención de la ONU, y se alargó hasta el 18 de diciembre de 2011, habiéndose perpetrado en ella innumerables violaciones de derechos humanos y cometiéndose crímenes de guerra.

Como se observa, sobre todo desde 2001, el terrorismo se encuentra en un limbo jurídico-internacional, que, *de facto*, toma elementos de la guerra y del delito, disipando aún más las distinciones entre paz y guerra, enemigo y delincuente, soldado y civil⁵³⁷. A las personas que participan en un conflicto armado se les considera combatientes (miembros de las fuerzas armadas de los Estados y miembros de las milicias asociadas), siéndoles aplicable el DIH, que prevé unos tasados usos lícitos de la fuerza si se cumplen determinados requisitos fijados en los Convenios de Ginebra⁵³⁸. Si bien es cierto que las normas en materia de terrorismo y de DIH pueden tener

⁵³⁴ S/2003/351, de 21 de marzo de 2003.

⁵³⁵ PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho internacional Público*, 26ª ed., 2022, pág. 796.

⁵³⁶ Sobre estas justificaciones jurídicas, más ampliamente: REGEIRO DUBRA, *La legítima defensa*, 2012, págs. 168-185.

⁵³⁷ DEMETRIO CRESPO, en: GARCÍA RIVAS/RODRÍGUEZ YAGÜE (et. al.), *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, 2007, págs. 123-148. En este mismo sentido, FERRAJOLI, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2009, N°9, pág. 15; Informe del Relator Especial, A/HRC/34/61, de 21 de febrero de 2017.

⁵³⁸ El DIH es la rama del Derecho internacional público aplicable a los conflictos armados, internacionales o no. Este Derecho limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos (modos) y medios (armas) de hacer la guerra y protege a las personas y a los bienes afectados o que puedan resultar afectados por ella. El DIH se basa en numerosos instrumentos internacionales. Los más importantes son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, a saber: el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I); el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (II); el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III); el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV); y sus Protocolos adicionales. También se recogen normas de DIH en otros instrumentos, así

elementos comunes (el DIH prohíbe expresamente la mayoría de los actos tipificados como “terroristas” en la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre terrorismo⁵³⁹), ambos regímenes jurídicos son distintos. Tienen fundamentaciones, objetivos y estructuras diferentes. La principal divergencia es que, en términos jurídicos, un conflicto armado es una situación en la que están permitidos ciertos actos de violencia (lícitos) y otros están prohibidos (ilícitos), mientras que cualquier acto de violencia designado como “terrorismo” es siempre ilícito⁵⁴⁰.

No obstante, cuando de terrorismo se trata, parece que al que se encuentre en el escenario de un conflicto armado se le tratará como combatiente a la hora de emplear la fuerza para eliminarlo; se le considerará terrorista (delincuente) para negarle los beneficios que el Derecho aplicable a la guerra (el DIH) garantizaría a los que intervienen en la misma; pero, a su vez, no se

como en normas internacionales consuetudinarias, vinculantes para todos los Estados en general y para las partes que intervienen en los conflictos en particular.

La existencia de un conflicto armado se determina sobre la base de los criterios fijados en los arts. 2 y 3, comunes a los Convenios de Ginebra. Fundamentalmente, se distingue entre dos tipos de conflictos armados, los internacionales y los no internacionales. En el marco del DIH, un conflicto armado internacional existe cuando dos o más Estados recurren al uso de la fuerza armada entre ellos. El umbral para determinar la existencia de un conflicto armado internacional es, por tanto, bastante bajo; factores como la duración y la intensidad no suelen formar parte de la ecuación. La clasificación de los conflictos armados no internacionales en el marco del DIH es una tarea mucho más compleja, pues está fuertemente implicada la soberanía estatal. Del conjunto de preceptos contenidos en los cuatro Convenios de Ginebra, solo el art. 3 (común a todos ellos) es aplicable a conflictos armados no internacionales, además del Protocolo Adicional II (el art. 1 dispone que se aplica a los conflictos no cubiertos por los demás Convenios, que se desarrollen en el territorio de una alta parte contratante entre sus *fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados* que, bajo la dirección de un mando responsable, *ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control* tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas; pero no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados). Pese a la ausencia de una definición clara de los conflictos armados no internacionales en el art. 3, está ampliamente aceptado que, en lo que respecta a la aplicación del DIH, para que exista un conflicto armado no internacional deben cumplirse dos condiciones: (1) existencia de hostilidades entre las fuerzas armadas gubernamentales y uno o más grupos no estatales con cierto nivel de organización, o entre dos o más grupos de este segundo tipo; y (2) cierto umbral de intensidad en la conducción de las hostilidades. Estos requisitos fueron implementados por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en el conocido como Caso Tadic. Para medir este umbral o intensidad de violencia, podrán tenerse en cuenta varias cuestiones: si las fuerzas policiales no son suficientes para controlar la situación y debe acudir a las militares; la duración del conflicto; la frecuencia de las acciones violentas; la naturaleza de las armas empleadas; el desplazamiento de la población civil; el número de fallecidos, heridos o desapariciones forzadas, etc. Sobre todo ello, más ampliamente: CICR, *XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja*, 2015; OLÁSULO ALONSO/PÉREZ CEPEDA, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, 2008, págs. 80-97.

⁵³⁹ La IV Convención de Ginebra relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, en su art. 33, referido a “Responsabilidad individual, castigos colectivos, pillaje, represalias”, prohíbe los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo. En segundo lugar, el art. 4.2 d) del Protocolo Adicional II prohíbe los “actos de terrorismo” contra las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas. El art. 51.2 del Protocolo Adicional I y el art.13.2 del Protocolo Adicional II disponen que “no serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”.

⁵⁴⁰ CICR, *XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja*, 2015.

le considerará delincuente en el sentido de serle aplicable el enjuiciamiento con todas las garantías que el proceso penal impone. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ argumenta que el modelo de la guerra fracasa precisamente porque a los terroristas se les deniegan todos los demás elementos del estatus de combatiente⁵⁴¹. No es jurídicamente admisible que el terrorismo constituya una especie de híbrido entre el delito y la guerra en el que se apliquen al “enemigo terrorista” los peores aspectos de cada uno de dichos regímenes jurídicos⁵⁴². Y esto no es un mero diagnóstico académico. Estados Unidos ya instituyó, tras el 11-S, la categoría de los “combatientes enemigos ilegales extranjeros” (“*unlawful enemy aliens combatants*”), renombrada durante la Administración Obama por la de “beligerantes enemigos sin privilegios” (“*unprivileged enemy belligerent*”), en la que se incluía a miembros de Al Qaeda y de otros grupos e impedía aplicarles las Convenciones de Ginebra⁵⁴³. A partir de 2014, el Consejo de Seguridad de la ONU ha creado la categoría de los “combatientes terroristas extranjeros”, a los que dedico un análisis pormenorizado más adelante⁵⁴⁴.

Toda esta problemática sobre el régimen jurídico separado de los terroristas se ha potenciado en el conflicto sirio e iraquí con el Estado Islámico (último gran capítulo de la “*War on Terror*”). A pesar de que esta organización ha sido considerada terrorista desde 2015 por la ONU e incluida en sus Listas, también ha participado en las hostilidades postulándose como una fuerza más del conflicto sirio e iraquí. De hecho, desde la proclamación del califato del Estado Islámico en 2014 hasta su “derrota” en 2019, DAESH había conseguido lo que ninguna organización de su signo había logrado: el control de amplios territorios en Siria e Irak, actuando durante algunos años como un “semiestado”⁵⁴⁵ (aunque obviamente, nunca ha sido un Estado en

⁵⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, N°1, 2017, pág. 16.

⁵⁴² En este sentido, destaca PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, 2017, pág. 35, que se prefiere seguir considerando el terrorismo como un híbrido, para que no rijan ni el Derecho internacional ni el humanitario en el conflicto. También: ALDAVE ORZAIZ, *La guerra global contra el terrorismo*, 2018, pág. 207.

⁵⁴³ Sobre ello, puede verse: INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Assessing Damage, Urging Action*, 2009, págs. 50-51, 56 y ss.; DUFFY, *The ‘War on Terror’ and the Framework of International Law*, 2ª ed., 2015, págs. 410-412.

⁵⁴⁴ Ver *infra*: La evolución funcional del Consejo de Seguridad y sus Resoluciones sobre terrorismo y Los combatientes terroristas extranjeros y los retornados: la criminalización de los viajes con fines terroristas.

⁵⁴⁵ La utilización del término “Estado” en el nombre de la organización es deliberada, pues el Estado es el único actor que posee el monopolio del uso legítimo de la violencia dentro de sus fronteras, y porque sus miembros pretendían desplegar todas las funciones y competencias estatales en los territorios *conquistados* (CHICHARRO LÁZARO, *Revista electrónica de estudios internacionales*, N°29, 2015, págs. 2 y 6). El autoproclamado “Estado” funcionaba como una teocracia sunní, en la que regía una interpretación muy rigorista de la *Sharía* o ley islámica. El líder de la organización representaba la máxima autoridad religiosa, política y militar; y las diferentes materias que competían a la administración de aquel autoproclamado “Estado” (por ejemplo, la tesorería, los medios de comunicación o la religión) eran supervisadas por administradores que gobernaban los territorios *conquistados* en Irak y Siria (KURTH CRONIN, *Foreign Affairs*, marzo/abril, 2015, pág. 91). La base del *califato* se situaba en la familia, por lo que el Estado Islámico se preocupaba especialmente de la captación de mujeres para la formación de matrimonios y familias con los *muyahidines*.

el sentido del Derecho internacional⁵⁴⁶). En su momento más álgido, el Estado Islámico controlaba alrededor de un tercio del territorio sirio y un 40% aproximadamente del territorio de Irak. En diciembre de 2017 había perdido aproximadamente el 95% de estos territorios, incluyendo dos de sus bastiones, Mosul en Irak, y Raqqa en Siria (la fijada capital del Estado Islámico), y, en 2019, los principales intervinientes internacionales declararon “la derrota militar” de la organización⁵⁴⁷.

En principio y generalmente, un terrorista es un civil, por lo que tiene prohibido el uso de la violencia y la vía para reprimir sus acciones sería el Derecho penal. Sin embargo, puede darse el caso, como es el del Estado Islámico en Irak y Siria, en el que la organización terrorista participe activamente como parte contendiente organizada en un conflicto, y, además, controle partes del territorio efectivamente⁵⁴⁸. De acuerdo con el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, esos son los dos elementos constitutivos del conflicto armado no internacional (además de un umbral de violencia elevado)⁵⁴⁹, por lo que el DIH podría ser aplicable a los miembros de la organización⁵⁵⁰. Como puntualiza STEIGER, “Al Qaeda y los talibanes solían repartirse el terrorismo y la guerra, mientras que el Estado Islámico en Siria e Irak juega en ambos ámbitos”⁵⁵¹. Jurídicamente, entonces, cabría catalogar el conflicto entre DAESH y Siria e Irak como un conflicto armado no internacional regido por el DIH. Este Derecho, como ya he señalado, prohíbe también los actos terroristas⁵⁵², por lo que, si el grupo u organización los perpetrara en contravención del DIH, podría estar cometiendo crímenes de guerra.

Veamos algunos detalles de la “Guerra contra el Estado Islámico”, sus justificaciones jurídicas, y su carácter. Se dice que este conflicto con el Estado Islámico comienza a principios de junio de 2014, cuando DAESH lanza una ofensiva contra los ejércitos de Irak y Siria para

⁵⁴⁶ BEUREN, en: ODENDAHL (Ed.), *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, pág. 174; LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, en: GUTIÉRREZ ESPADA (Dir.)/CERVELL HORTAL (Coord.), *El Estado Islámico (DAESH): ¿aprenderemos la lección?*, 2018, págs. 236-239.

⁵⁴⁷ “Timeline: the Rise, Spread, and Fall of the Islamic State”, *Wilson Center*, 28 de octubre de 2019, consulta: <https://www.wilsoncenter.org/article/timeline-the-rise-spread-and-fall-the-islamic-state> (último acceso 19/03/2023).

⁵⁴⁸ Descarta esta posibilidad, en todo caso: ALIABASI, *Die staatsgefährdende Gewalttat*, 2017, pág. 80.

⁵⁴⁹ Ver n.p. 538.

⁵⁵⁰ OLÁSULO ALONSO/PÉREZ CEPEDA, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, 2008, págs. 144-159; STEIGER, en: ODENDAHL, *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, págs. 78-84; FERNÁNDEZ ARRIBAS, en: MARTÍNEZ CAPDEVILA/ABAD CASTELOS/CASADO RAIGÓN (Dir.)/MARTÍNEZ PÉREZ (Coord.), *Las amenazas a la seguridad internacional hoy*, 2017, pág. 246; LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, en: GUTIÉRREZ ESPADA (Dir.)/CERVELL HORTAL (Coord.), *El Estado Islámico (DAESH): ¿aprenderemos la lección?*, 2018, págs. 242 y ss.; Eurojust, “Cumulative prosecution of foreign terrorist fighters for core international crimes and terrorism-related offences”, 2020, págs. 7 y 10.

⁵⁵¹ STEIGER, en: ODENDAHL, *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, pág. 82. También: CHALIAND, en: CHALIAND/BLIN (Eds.), *The History of Terrorism*, 2016, pág. 436; FERNÁNDEZ ARRIBAS, en: MARTÍNEZ CAPDEVILA/ABAD CASTELOS/CASADO RAIGÓN (Dir.)/MARTÍNEZ PÉREZ (Coord.), *Las amenazas a la seguridad internacional hoy*, 2017, pág. 247.

⁵⁵² Ver n.p. 539.

comenzar a controlar determinados territorios, tomando el control de la importante ciudad iraquí de Mosul en pocos días. En este conflicto han estado (y están) involucradas fuerzas militares de diversos Estados (Estados Unidos, Rusia, Irán, Arabia Saudita, Turquía, etc.), además de otras fuerzas armadas no oficiales, lo que hace que este conflicto sea especialmente complejo. En cuanto a las justificaciones jurídicas de la actuación de los distintos Estados involucrados en contra del Estado Islámico, hay que referir por separado las situaciones de Irak y de Siria.

Comienzo por Irak. El 8 de agosto de 2014, a petición del gobierno de Irak y con el argumento del presidente Barack Obama de que “Estados Unidos no podía quedar indiferente al conflicto”, la potencia norteamericana decide intervenir en la ofensiva que el ejército iraquí estaba lanzando contra el DAESH. Ese día comienza la llamada “Operación Determinación Inherente”, que consistió en bombardear las posiciones de los terroristas desde el aire⁵⁵³.

Además, el presidente estadounidense expresó su deseo de crear una coalición internacional con el objeto de acabar con los yihadistas (eludiendo así la discusión y toma multilateral de decisiones en el seno de la ONU), que fue cumplido con la celebración de la Conferencia Internacional sobre Paz y Seguridad en Irak en París el 15 de septiembre de 2014, en la que participaron un elevado número de actores internacionales que se comprometieron a apoyar la lucha del gobierno iraquí contra el Estado Islámico por todos los medios necesarios, incluso militares⁵⁵⁴.

Esta intervención militar en Irak podría considerarse “legítima” desde el punto de vista del Derecho internacional, en tanto que fue el propio gobierno iraquí el que solicitó ayuda a la comunidad internacional para frenar el avance del Estado Islámico, práctica conocida como “intervención por invitación”⁵⁵⁵.

A diferencia del caso iraquí, en la intervención de fuerzas militares estatales internacionales sobre Siria confluyen argumentos jurídicos más discutibles.

A principios de septiembre de 2014, Estados Unidos informó al embajador de Siria en la ONU de que se disponía a bombardear el territorio de su país que estaba controlado por el Estado Islámico. El 23 de septiembre del mismo año, Estados Unidos dirigió una carta al Secretario General de la ONU⁵⁵⁶ en la que declaraba que Irak había manifestado estar bajo una grave

⁵⁵³ Puede consultarse la declaración del presidente Obama sobre la intervención en Irak en el siguiente enlace: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/08/07/statement-president> (último acceso 19/03/2023).

⁵⁵⁴ *Conclusiones de la Conferencia Internacional sobre Paz y Seguridad en Irak*, París, 15 de septiembre de 2014. Puede consultarse su contenido completo en inglés en: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/sede/dv/sede240914parisconference/_se240914parisconference_en.pdf (último acceso 19/03/2023).

⁵⁵⁵ Sobre ello, más ampliamente: POZO SERRANO, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Nº32, 2016, págs. 149-158; LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, en: GUTIÉRREZ ESPADA (Dir.)/CERVELL HORTAL (Coord.), *El Estado Islámico (DAESH): ¿aprenderemos la lección?*, 2018, págs. 250-255.

⁵⁵⁶ S/2014/695, de 23 de septiembre de 2014.

amenaza por los continuos ataques del Estado Islámico perpetrados desde posiciones seguras situadas en Siria; y que había pedido por ello a Estados Unidos que dirigiera también sus esfuerzos militares a atacar los emplazamientos y bastiones militares del DAESH en Siria. Estados Unidos adujo en esa carta que la amenaza del Estado Islámico no solo se limitaba a Irak, sino que se extendía a otros países (entre ellos, Estados Unidos). Según el país norteamericano, los Estados deben ser capaces de defenderse, de conformidad con el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva del art. 51 de la Carta, cuando un gobierno (el sirio) ha demostrado que no puede luchar eficazmente contra el Estado Islámico. Mediante este escrito, Estados Unidos informó a la ONU que había puesto en marcha medidas militares en Siria con el fin de eliminar la amenaza que suponía el Estado Islámico para Irak. Dicho y hecho, el país norteamericano y sus aliados de la coalición internacional (Arabia Saudí, Jordania, Baréin, Qatar y Emiratos Árabes Unidos) comenzaron su ofensiva bombardeando Raqqa, la “autoproclamada capital” del Estado Islámico entonces en Siria.

El presidente de los Estados Unidos solicitó el 11 de febrero de 2015 al Congreso estadounidense la autorización para usar la fuerza contra el Estado Islámico (excluyendo las ofensivas terrestres)⁵⁵⁷, apoyando su necesidad en, al menos, cuatro justificaciones jurídicas. En concreto, la *Joint Resolution* alude: al uso de la fuerza y a la determinación de una amenaza para la paz; al derecho inmanente a la legítima defensa, particularmente la invocación de aquella para proteger a sus ciudadanos; a la intervención por invitación o con el consentimiento del Estado afectado; y, finalmente, hace un guiño a la intervención humanitaria.

En primer lugar, como ya se ha señalado, no corresponde a los Estados calificar una situación de “amenaza para la paz y la seguridad internacionales”, pues tal determinación es competencia exclusiva del Consejo de Seguridad. En cuanto a la intervención humanitaria, ni la práctica del Consejo de Seguridad ni la práctica internacional permiten concluir la autorización a los Estados de intervenir unilateralmente en situaciones de crisis humanitaria. En relación con el argumento de la legítima defensa, ya sabemos que Estados Unidos lo ha empleado en el pasado. Pero, a diferencia del supuesto de Afganistán, el Estado Islámico no puede conectarse en modo alguno con el régimen oficial sirio, pues, de hecho, ha luchado durante años contra él. Y, en cuanto a intervención por invitación o con el consentimiento del Estado, el hecho de que Irak hubiera permitido la intervención de Estados Unidos para luchar contra el Estado Islámico no legitima su intervención y la de sus aliados en otros Estados.

El gobierno de Damasco no estaba de acuerdo con la intervención estadounidense y de sus aliados, aunque el mismo día en que comienzan los bombardeos liderados por Estados Unidos

⁵⁵⁷ “*Joint Resolution. To authorize the limited use of the United States Armed Forces against the Islamic State of Irak and the Levant*”. Consulta: <https://www.congress.gov/congressional-report/113th-congress/senate-report/323> (último acceso 19/03/2023).

Bashar al Assad declaró que su país apoyaría “todo esfuerzo internacional para luchar contra el terrorismo”⁵⁵⁸. Sin embargo, ha puesto de manifiesto la ilicitud de las intervenciones internacionales en su territorio en repetidas ocasiones⁵⁵⁹ (con la salvedad de la intervención, por supuesto, de sus propios aliados, Irán y Rusia).

La iniciativa de formar una coalición para combatir contra el Estado Islámico, como ya se ha señalado, contó con un amplio respaldo internacional. Sin embargo, el único país occidental que efectuó ataques aéreos sobre territorio sirio desde el principio fue Estados Unidos. Los demás Estados europeos y Canadá limitaron al inicio sus intervenciones militares a suelo iraquí (aunque no cuestionaron la licitud de las operaciones militares estadounidenses en Siria)⁵⁶⁰. Más tarde sí intervinieron en Siria, pero aduciendo otras justificaciones jurídicas.

El 17 de septiembre de 2015, el gobierno sirio informó por carta al Secretario General y al Consejo de Seguridad que el Reino Unido, Australia y Francia estaban tomando medidas militares contra Siria, amparándose en una lectura distorsionada del art. 51 de la Carta⁵⁶¹.

Tras los atentados en la Sala Bataclán el 13 de noviembre de 2015 en París, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 2249, de 20 de noviembre de 2015. No se adoptó en el marco del Capítulo VII de la Carta, pero en su párr. 5º se indicaba que los Estados miembros: “adopten *‘todas las medidas necesarias’*⁵⁶², de conformidad con el Derecho internacional, (...), sobre el territorio que se encuentra bajo el control del Estado Islámico, en Siria e Irak, y que redoblen y coordinen sus esfuerzos para prevenir y reprimir los actos terroristas cometidos específicamente por el Estado Islámico, así como el Frente Al-Nusra, y todas las demás personas, grupos, empresas y entidades asociados con Al-Qaeda (...), y erradiquen el cobijo que han establecido en partes importantes del Irak y Siria”. A partir de entonces, otros países occidentales de la coalición comenzaron a efectuar ataques aéreos también sobre territorio sirio, invocando dos fundamentos jurídicos: el derecho de legítima defensa individual de algunos Estados de la coalición (por

⁵⁵⁸ “Obama: ‘Esta no es una lucha de EE UU en solitario’”, *Diario Vasco*, 23 de septiembre de 2014, <https://www.diariovasco.com/internacional/201409/23/eeuu-varios-paises-aliados-20140923080258-rc.html> (último acceso 19/03/2023).

⁵⁵⁹ “Syria’s President Speaks, A Conversation With Bashar al-Assad”, *Foreign Affairs*, Vol. 94, Nº2, marzo/abril 2015.

⁵⁶⁰ POZO SERRANO, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Nº32, 2016, págs. 159.

⁵⁶¹ “Cartas idénticas de fecha 17 de septiembre de 2015 dirigidas al Secretario General y al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de la República Árabe Siria ante la ONU”, S/2015/719, 21 de septiembre de 2015.

⁵⁶² *Cursivas añadidas.*

ejemplo, Francia, por los atentados de la Sala Bataclán⁵⁶³) y la Resolución 2249 del Consejo de Seguridad⁵⁶⁴. La Resolución 2249 (2015) no hace referencia expresa a la legítima defensa contra los actores no estatales. Por otro lado, la Resolución, aunque habla de “todas las medidas necesarias”, no adopta medidas coercitivas que incluyan la autorización del uso de la fuerza y por lo tanto no proporciona en sí misma una nueva base jurídica, un título autónomo para usar la fuerza contra el Estado Islámico⁵⁶⁵. Dada la ambigüedad de la Resolución (necesaria para su adopción por unanimidad), todo ello es interpretable⁵⁶⁶. El gobierno sirio, por su parte, ha expresado que cualquier intento de invocar el art. 51 de la Carta para justificar la acción militar en su territorio sin su coordinación suponía una “manipulación, una distorsión y una tergiversación” de lo dispuesto en ese precepto. Recordó que la Resolución 2249 hacía hincapié en el respeto por la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de todos los Estados, y que no se aprobó en virtud del Capítulo VII, por lo que no facultaba a los Estados para emplear la fuerza militar ni les solicitaba que la emplearan⁵⁶⁷.

Teniendo en cuenta la participación en los conflictos de los demás Estados de la coalición internacional, se plantea la cuestión de si el *ius in bello* sería aplicable en sus territorios si sufrieran

⁵⁶³ El presidente francés François Hollande, tras los atentados del 13 de noviembre de 2015, declaró que “Francia estaba en guerra”. Invocó el art. 42.7 TUE, que dispone que, si un Estado miembro de la UE es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el art. 51 de la Carta. En el Consejo de Asuntos Exteriores, de 16 y 17 de noviembre de 2015, los ministros de defensa de los países miembros de la UE manifestaron unánimemente su pleno apoyo a Francia y su disposición a prestar toda la ayuda y asistencia necesarias. Consulta: <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/fac/2015/11/16-17/> (último acceso 19/03/2023).

⁵⁶⁴ POZO SERRANO, *Anuario Español de Derecho Internacional*, N°32, 2016, págs. 141-188.

⁵⁶⁵ POZO SERRANO, *Anuario Español de Derecho Internacional*, N°32, 2016, pág.184; BEUREN, en: ODENDAHL (Ed.), *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, pág. 195.

⁵⁶⁶ STEIGER, en: ODENDAHL, *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, págs. 69-70, argumenta que la falta de claridad en la Resolución no significa necesariamente que deba rechazarse la existencia de una autorización. Si se tiene en cuenta la práctica reconocida del Consejo de Seguridad de clasificar el terrorismo como una amenaza a la paz y seguridad internacionales y la práctica reconocida del Consejo de Seguridad de autorizar el uso de la fuerza militar en casos de amenazas a la paz, hay buenas razones para que el órgano restringido combine ambas prácticas en el futuro. Si esto ocurriera, el Consejo de Seguridad autorizaría los ataques militares contra los terroristas incluso si los Estados en cuyo territorio operan los terroristas actúan en contra el propio Estado soberano, pero no desean una operación militar por parte de Estados extranjeros en su territorio. Esto, como es obvio, representa una restricción de la soberanía estatal, precisamente porque al Estado en el que se intervenga militarmente por acuerdo del Consejo de Seguridad no le son imputables los actos de los terroristas o ni siquiera una connivencia con ellos. En cualquier caso, resalta el autor de nuevo la importancia en ese supuesto de definir el terrorismo, pues la protección de la soberanía estatal exigiría que Estados pudieran saber en qué condiciones pueden enfrentarse a las medidas del Consejo de Seguridad. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho internacional público*, 26ª ed., 2022, págs. 799-800, por su parte, estima suficiente esta Resolución 2249 (2015) para legitimar el uso de la fuerza contra el Estado Islámico, incluso, si fuese necesario, pasando por encima de la soberanía del Estado territorial.

⁵⁶⁷ “Cartas idénticas de fecha 29 de diciembre de 2015 dirigidas al Secretario General y a la Presidenta del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de la República Árabe Siria ante la ONU”, A/70/673-S/2015/1048, 4 de enero de 2016.

ataques del Estado Islámico dentro de sus fronteras. Sobre este particular existen pocas declaraciones estatales, y las opiniones doctrinales difieren entre sí⁵⁶⁸.

Para un sector doctrinal, las normas de DIH aplicables a los conflictos armados no internacionales están pensadas para una aplicación territorial interna y la admisión de su aplicabilidad en el territorio de todas las partes, aunque no existan hostilidades reales, desvirtuaría el sentido del art. 3 común de los Convenios de Ginebra. Para este sector, si se eliminan las restricciones territoriales se podría transformar el mundo entero en un potencial “campo de batalla”. STEIGER, por ejemplo, entiende que, en el sentido del derecho aplicable, el Estado Islámico de Siria o de Irak, que controlaba efectivamente territorios y actuaba *de facto* como una fuerza combatiente en el conflicto (aunque esto, obviamente, no se le reconozca oficialmente) no puede equipararse al Estado Islámico que, por ejemplo, ha cometido atentados en Europa. Las tensiones internas y los disturbios interiores causados por el terrorismo (tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos) que no califiquen como conflictos armados en el sentido del art. 1.1 del Protocolo Adicional II, deberán reconducirse a través de la aplicación del Derecho y el proceso penal. Por tanto, aunque países como Estados Unidos o Francia hayan “declarado la guerra contra el Estado Islámico”, realmente los atentados sufridos en sus territorios no son ataques armados en el sentido de actuar en legítima defensa; y que, en el caso de que no exista una situación de conflicto armado no internacional en sus territorios (lo que, ni en Europa ni en Estados Unidos ocurre), deberán tratar a los terroristas como civiles, manteniendo todas sus garantías fundamentales⁵⁶⁹. Otro sector doctrinal y el CICR defienden la aplicación extraterritorial del DIH en los territorios de los Estados involucrados en un conflicto armado no internacional. Existen razones jurídicas de peso para considerar que el DIH se aplica en los territorios de los Estados asistentes. Podría observarse que los Estados asistentes que participan en un conflicto armado no internacional extraterritorial no deberían poder excluirse de la aplicación del principio de igualdad de los beligerantes conforme al DIH una vez que han pasado a ser partes en este tipo de conflicto armado más allá de sus límites territoriales. Eso sería contrario al propósito del DIH de establecer los mismos derechos (y, por supuesto, las mismas obligaciones) a todas las partes en un conflicto armado⁵⁷⁰. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ entiende que tanto los ataques cometidos y reivindicados por el Estado Islámico en Francia, Bélgica, el Reino Unido o España, como las acciones estatales desarrolladas en sus territorios contra el DAESH quedarían sometidos a las normas de los conflictos armados no internacionales del art. 3 de los Convenios de Ginebra. Esta afirmación la fundamenta en una interpretación territorial de la efectividad del *ius in bello* que estima que el alcance *ratione loci* del DIH es

⁵⁶⁸ CICR, *XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja*, 2015, pág. 17.

⁵⁶⁹ STEIGER, en: ODENDAHL, *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, pág. 82.

⁵⁷⁰ CICR, *XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja*, 2015, pág. 17.

independiente del concepto de hostilidades y que su aplicabilidad se extiende hasta las fronteras geográficas del Estado involucrado en el conflicto. La aplicación del *ius in bello* de los conflictos armados no internacionales no depende de la distancia entre los combatientes y quienes están mandando y dirigiendo las hostilidades, ni tampoco si todos los combatientes del grupo armado no estatal están físicamente juntos o dispersos. La respuesta está, según la autora, en los estándares comúnmente reconocidos para determinar quién o qué es un objetivo legítimo bajo el DIH. Puesto que el Estado Islámico y los Estados de la coalición estaban inmersos en el mismo conflicto armado, habría de serles aplicado el mismo régimen jurídico, pues de lo contrario, se estaría conculcando el objetivo del *ius in bello* de establecer los mismos derechos y las mismas obligaciones para todas las partes involucradas en un mismo conflicto armado. Para ella, en teoría, nada obsta para que los Estados de la coalición internacional apliquen el art. 3 común a los Convenios de Ginebra y para calificar los ataques en Europa como actos hostiles en el contexto del conflicto armado no internacional contra el DAESH cuando actúan contra los combatientes del Estado Islámico en sus respectivos territorios, lo que permitiría a el uso de la fuerza letal en su propio territorio contra los combatientes del DAESH⁵⁷¹. De acuerdo con repetidas cláusulas recogidas en los distintos instrumentos internacionales en materia de terrorismo que más tarde analizaré, esta extensión del DIH a los territorios europeos excluiría la aplicación del Derecho penal antiterrorista a este tipo de casos⁵⁷². Por supuesto, la práctica de los Estados no se corresponde con lo anterior. Las autoridades estatales de los países europeos no han invocado la aplicabilidad del DIH, sino que sus reacciones a los ataques cometidos en su territorio en nombre del DAESH han sido respondidas mediante el Derecho penal.

El Estado protagonista en esta “Guerra”, Estados Unidos, ha preferido tomar las decisiones unilateralmente, saltándose sus obligaciones jurídicas internacionales generales como miembro de la comunidad internacional y concretas como miembro permanente del Consejo de Seguridad⁵⁷³, con el apoyo expreso o tácito de buena parte de la comunidad internacional. Durante

⁵⁷¹ LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, en: GUTIÉRREZ ESPADA (Dir.)/CERVELL HORTAL (Coord.), *El Estado Islámico (DAESH): ¿aprenderemos la lección?*, 2018, págs. 274-278.

⁵⁷² Considerando (37) de la Directiva 541/2017, que señala que esta no afecta a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados miembros en virtud del Derecho internacional y del DIH, pues la Directiva no rige las actividades de las fuerzas armadas en períodos de conflicto armado (en su descripción dada por el DIH), y las actividades de los ejércitos estatales en el ejercicio de sus funciones oficiales. Cláusulas de exclusión similares se recogen también en: el art. 26 del Convenio europeo para la prevención del terrorismo de 2005; el art. 19.2 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997; el art. 4 del Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005; o el art. 2.4 b) de la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares y las instalaciones nucleares, introducido por la Enmienda de 2005.

⁵⁷³ Los objetivos que tenía Estados Unidos al emprender la “Guerra contra el terrorismo” no eran únicamente la eliminación de tan execrable violencia. Detrás de ello estaba la reafirmación de su soberanía, y, por supuesto, su posicionamiento en Oriente Medio. En Afganistán, por ejemplo, si su objetivo era el apresamiento de Osama Bin Laden y la desintegración de Al Qaeda, podía perfectamente haber pedido una autorización para ello al Consejo de Seguridad, el cual se la hubiera otorgado, pues ya se habían tomado medidas sancionatorias anteriormente contra Al Qaeda en general y contra su líder en particular (recuerdo

estas Guerras, Estados Unidos ha cometido crímenes de guerra y violaciones de derechos humanos por las que nunca ha respondido, tales como matanzas de civiles, *targeted killings*, torturas y tratos inhumanos a prisioneros (destacando los escándalos de las prisiones de Abu Ghraib y Bagram), detenciones ilegales en la base de Guantánamo y en otras cárceles secretas (incluso de menores de edad), ejecuciones extrajudiciales, así como traslados ilegales de prisioneros (en connivencia con otros Estados)⁵⁷⁴. La Fiscalía de la CPI presentó una petición en noviembre de 2017 para investigar los presuntos crímenes de guerra y de lesa humanidad perpetrados en Afganistán desde mayo de 2003 por los talibanes, por el ejército afgano y por miembros de las tropas estadounidenses y la CIA. En abril de 2019, la Sala de Primera Instancia rechazó el proceso al considerar que “no serviría a los intereses de la justicia” ya que las posibilidades de que la Fiscalía tuviera éxito eran extremadamente bajas. Esta decisión fue apelada por la Fiscalía de la CPI, y, el 5 de marzo de 2020, la Sala de Apelaciones de la CPI decidió unánimemente aprobar la solicitud de la Fiscalía para iniciar las investigaciones⁵⁷⁵. Estados Unidos, que no es parte del Estatuto de Roma y no reconoce por tanto la jurisdicción de la CPI, rechazó la decisión de la Sala de Apelaciones. Sin embargo, como los crímenes habrían sido cometidos en territorio de Afganistán, Estado que sí es parte del Estatuto de Roma, la CPI podría actuar con independencia de la nacionalidad de los procesados⁵⁷⁶.

Los crímenes perpetrados en el último capítulo de la “Guerra contra el terrorismo”, por parte de Estados extranjeros, pero, sobre todo, por las propias fuerzas oficiales y no oficiales presentes en Siria⁵⁷⁷ e Irak, tampoco tienen mejores expectativas de ser juzgados. Las partes en el conflicto han cometido violaciones graves del DIH, incluidos crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y otros abusos flagrantes contra los derechos humanos: han llevado a cabo ataques directos contra la población y las infraestructuras civiles, y han restringido y negado el acceso a la ayuda humanitaria, han cometido torturas, detenciones ilegales y desapariciones forzadas. El enjuiciamiento en virtud del principio de justicia universal sería una posibilidad para algunos supuestos; o el enjuiciamiento por parte del CPI o mediante la constitución de un tribunal

que las sanciones datan de una Resolución del Consejo de Seguridad de 1999). Otro tanto con la situación de Irak en relación con la acusación del alojamiento de armas de destrucción masiva.

⁵⁷⁴ Sobre ello: DUFFY, *The ‘War on Terror’ and the Framework of International Law*, 2ª ed., 2015, págs. 412 y ss. y 663 y ss.

⁵⁷⁵ Decisión ICC-02/17OA4.

⁵⁷⁶ Pueden consultarse los avances del proceso, así como todos los documentos relativos al mismo en el siguiente enlace: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-138> (último acceso 19/03/2023).

⁵⁷⁷ Recordemos que Siria se encuentra en situación de guerra civil desde 2011, que comenzó tras unas protestas contra el gobierno de Damasco. En el contexto de esta larga guerra, no solo se han efectuado violaciones de derechos humanos por parte de las autoridades sirias en el conflicto que después surgió contra el Estado Islámico. Desde 2013, la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe de Siria viene denunciando la existencia de prácticas institucionalizadas que consistían en detenciones ilegales, desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones.

especial⁵⁷⁸. Ni Siria ni Irak son parte del Estatuto de Roma, y, aunque el Consejo de Seguridad tiene la opción de remitir ambos casos a la CPI, es poco probable que emplee esta vía (y esto, obviamente, también es aplicable a los crímenes cometidos por el Estado Islámico⁵⁷⁹). Tanto Estados Unidos como Rusia están implicados en el conflicto como partes aliadas, y las investigaciones podrían recaer sobre sus nacionales o sobre nacionales de sus aliados. Ambos Estados tampoco son parte del Estatuto de Roma, y, como miembros permanentes del Consejo de Seguridad, ostentan el derecho de vetar las decisiones propuestas, y así lo vienen haciendo⁵⁸⁰.

Los distintos órganos de la ONU pueden llevar a cabo innumerables estrategias, realizar informes, crear grupos de trabajo o comités para solucionar los conflictos de la comunidad internacional. Pero si todavía existe un órgano restringido como el Consejo de Seguridad, en el que cinco de sus miembros tienen derecho de veto para decisiones tan importantes como las que atañen al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, y se dedican a utilizarlo para eludir la toma de decisiones instituida en la Carta, contribuyendo a la comisión de crímenes o mirando para otro lado cuando son cometidos, los esfuerzos que pueda hacer la ONU mediante otros mecanismos serán casi en vano. Esta problemática se ha vuelto flagrante en los últimos años, y muchos Estados piden una reforma en la toma de decisiones del órgano restringido⁵⁸¹. Es ciertamente una cuestión compleja, por lo que, al menos, lo que se les pide a los miembros permanentes es que deben abstenerse de utilizar el veto para bloquear la adopción de medidas encaminadas a prevenir o poner fin al genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad⁵⁸². Otra medida recientemente implementada por una Resolución de la Asamblea

⁵⁷⁸ La Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria del Consejo de Derechos Humanos relata algunos casos en los que tribunales europeos han condenado a autoridades sirias o a miembros de organizaciones terroristas por crímenes cometidos en Siria (A/HRC/49/77, de 8 de febrero de 2022, párr. 16-17). Según señala Amnistía Internacional, “Informe 2021/22: La situación de los derechos humanos en el mundo”, 2022, pág. 409, la jurisdicción universal ha sido el único medio para juzgar a personas por crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en Siria. Consulta: <https://www.amnesty.org/es/documents/pol10/4870/2022/es/> (último acceso 19/03/2023). Algunos tribunales de Estados europeos ya han condenado por distintos crímenes a miembros de las fuerzas de seguridad sirias. En España, se inició un procedimiento de estas características, pero no llegó a buen puerto. El JCI N°6, mediante Auto de 27 de marzo de 2017, admitió la querrela interpuesta por una ciudadana española por los crímenes de lesa humanidad, guerra, tortura, terrorismo y desaparición forzada presuntamente cometidos por altos cargos de las Fuerzas de Seguridad sirias, en relación con la detención ilegal, torturas y posterior ejecución de su hermano, de nacionalidad siria. La AN declaró que no era competente para conocer de esos hechos en virtud de lo dispuesto en el art. 23.4 LOPJ (AAN 35/2017, de 27 de julio), decisión fue confirmada posteriormente por el TS. Sobre otras interpretaciones de la competencia en este concreto supuesto, pueden verse los votos particulares al AAN.

⁵⁷⁹ Sobre ello, ver *infra*: El Derecho penal internacional ante el terrorismo.

⁵⁸⁰ Más ampliamente sobre ello: BEUREN, en: ODENDAHL (Ed.), *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, págs. 200-202.

⁵⁸¹ A modo de ejemplo, pueden leerse las demoleadoras críticas que realiza el Embajador de Nueva Zelanda ante la ONU fundamentalmente a Rusia, China y Estados Unidos durante una sesión del Consejo de Seguridad (S/PV.7621, de 15 de febrero de 2016, págs. 19-20).

⁵⁸² Entre otros, pueden verse: el Informe del Secretario General de la ONU, “Un compromiso vital y perdurable: Hacer efectiva la responsabilidad de proteger”, A/69/981-S/2015/500, de 13 de julio de 2015, párr. 63; o el proyecto de Resolución de mejora de los métodos de trabajo del Consejo de Seguridad

General⁵⁸³ es que cada vez que un Estado miembro permanente del Consejo de Seguridad formule un veto, se convocará sesión oficial de la Asamblea General en los diez días hábiles siguientes a la emisión de ese veto, con objeto de celebrar un debate en relación con la situación sobre la que se haya emitido.

Además de las impunidades antedichas, la “Guerra contra el terrorismo” ha demostrado su ineficacia para acabar con el fenómeno terrorista, que era su principal objetivo (oficial). Los costes humanos y económicos de la “Guerra” no tienen parangón. Ha desestabilizado a amplias partes de la población mundial y ha contribuido al odio y al surgimiento de otros “enemigos”⁵⁸⁴.

Por todo ello, la elección de las medidas para prevenir y reprimir el terrorismo debe ser muy rigurosa, y no debería acudir a la respuesta militar salvo que estemos ante un verdadero conflicto armado en el sentido del DIH y sean respetadas todas las demás disposiciones de Derecho internacional. La fuerza militar siempre es el instrumento más lesivo y grave para todos, por lo que desde aquí se aboga por la prevalencia de la represión de las violencias generalmente entendidas como terrorismo mediante el Derecho penal. Por supuesto, un Derecho penal respetuoso con los derechos humanos y con los principios rectores antes expuestos. También implementando el enfoque anteriormente descrito de la “seguridad humana”.

1.2. La evolución funcional del Consejo de Seguridad y sus Resoluciones sobre terrorismo

A partir de los años noventa del siglo pasado, pero, sobre todo, desde el 11-S (y la inmediata Resolución 1368 de 2001), el terrorismo ha estado presente de forma continua en la agenda del Consejo de Seguridad, por lo que sus Resoluciones en la materia han sido cada vez más prolíficas.

Llama la atención que, tratándose de un órgano ejecutivo y, además, restringido, haya venido realizando funciones legislativas en materia de terrorismo (que de ningún modo le corresponden), al conceptualizar fenómenos relacionados con el terrorismo y al imponer en sus resoluciones obligaciones que derivan en la elaboración de normas estatales⁵⁸⁵. Señala JIMÉNEZ GARCÍA que estas resoluciones suponen dar un paso más en

impulsado por Costa Rica, Jordania, Liechtenstein, Singapur y Suiza, A/66/L.42, de 28 de marzo de 2012, párr. 20.

⁵⁸³ A/76/L.52, de 20 de abril de 2022.

⁵⁸⁴ En este sentido se pronunciaba ya en 2004, FERRAJOLI, *Razones jurídicas para el pacifismo*, 2004, págs. 51 y ss.

⁵⁸⁵ REMIRO BROTONS, *Ius et Veritas*, N°18(37), 2008, pág. 219; DUFFY, *The ‘War on Terror’ and the Framework of International Law*, 2ª ed., 2015, págs. 72-73.

la “mutación operativa” *de facto* del Consejo de Seguridad⁵⁸⁶; y, por su parte, GARRIDO MUÑOZ apunta que, aunque sea el órgano encargado de mantener la paz y seguridad internacionales y aunque por ello disponga de poderes implícitos que le permiten afrontar de manera estructural las amenazas no significa que pueda saltarse los procedimientos nomogénicos del Derecho internacional⁵⁸⁷. Dada esta evolución funcional del Consejo de Seguridad, especialmente evidente en materia de terrorismo, y teniendo en cuenta los grandes poderes en materia de seguridad colectiva que el órgano ostenta, la necesidad de una definición internacional se vuelve acuciante, pues debe saberse a qué y a quién se aplican estas medidas⁵⁸⁸.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre el terrorismo son numerosísimas⁵⁸⁹, y tratan aspectos de toda índole. Aquí me centraré en las más importantes, y, más concretamente, en aquéllas que son relevantes para la formación de un concepto jurídico-internacional de terrorismo o en aquéllas que exhortan a los Estados a la tipificación de conductas como delito en sus legislaciones domésticas.

En primer lugar, cabe mencionar que, en 1999, antes de los ataques del 11-S, el Consejo de Seguridad había establecido el llamado “Comité 1267” (mediante su Resolución 1267) como órgano subsidiario del Consejo de Seguridad. Se trata de un Comité compuesto por los miembros del Consejo de Seguridad que se encarga de supervisar la aplicación de las sanciones (concretamente, congelación de activos, prohibición de viajes y embargo de armas) que se impusieron en 1999 a los talibanes, y, a partir del año 2000, a Al-Qaeda. Este régimen de sanciones ha sido modificado por resoluciones posteriores, de modo que actualmente su denominación oficial es “Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de las Resoluciones 1267 (1999), 1989 (2011) y 2253 (2015) relativas al Estado Islámico de Irak y el Levante (Daesh), Al-Qaeda y las personas, grupos, empresas y entidades asociadas”⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ JIMÉNEZ GARCÍA, en: SOROETA LICERAS, *Conflictos y protección de derechos humanos*, Vol. 6, 2006, pág. 327.

⁵⁸⁷ GARRIDO MUÑOZ, *REDI*, Vol. 67, Nº1, 2015, págs. 304-305.

⁵⁸⁸ En este sentido también: STEIGER, en: ODENDAHL, *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, pág. 65.

⁵⁸⁹ El CTC recoge en su página web un listado de todas las resoluciones del Consejo de Seguridad en materia de terrorismo. Consulta: <https://www.un.org/securitycouncil/ctc/content/security-council-resolutions> (último acceso 19/03/2023).

⁵⁹⁰ El procedimiento de inclusión de nombres en la Lista plantea serios problemas con respecto al derecho a la presunción de inocencia. No existe un sistema de revisión judicial para las personas o entidades incluidas en la Lista, por lo que éstas debían recurrir a un proceso diplomático para lograr que su nombre se eliminara de la misma. Debido a las críticas a este sistema, la Resolución 1904 (2009) del Consejo de Seguridad estableció la Oficina del Ombudsman como encargada del proceso de supresión de nombres de

Inmediatamente después de los atentados del 11-S, el Consejo de Seguridad aprobó la famosa y no exenta de polémica Resolución 1368 (2001), que calificaba los actos acaecidos como una amenaza para la paz y seguridad internacionales, y añade que *todos* los actos de terrorismo *internacional* lo son⁵⁹¹. Ese mismo año, el Consejo de Seguridad aprobó otra significativa Resolución, la 1373 (2001), mediante la que estableció el llamado “Comité contra el Terrorismo”. Se trata de un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad compuesto asimismo por todos sus miembros, y cuyo mandato principal es el refuerzo de la capacidad de los Estados miembros para prevenir actos terroristas. Esta Resolución obliga a los Estados miembro a adoptar medidas para prevenir las actividades terroristas, para penalizarlas, y, también, para asistir y promover la cooperación entre los países. En relación a lo que aquí me ocupa, exhorta concretamente a los Estados a que “tipifiquen como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en su territorio con la intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo” y que “velen por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, por que dichos actos queden tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos, y porque el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos”. Por último, alienta a los Estados parte a adherirse cuanto antes a los tratados internacionales relativos al terrorismo, citando en particular el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999.

Otra Resolución relevante a efectos de este trabajo es la 1566 (2004). Esta decisión del Consejo de Seguridad incluye una definición implícita de lo que puede entenderse por terrorismo, pues en su apartado 3º se refirió a “actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en

la Lista. Esta Oficina recibe las solicitudes de supresión y las presenta al Comité. Aunque sigue siendo un sistema sin todas las garantías, el Ombudsman se ocupa de intermediar entre los interesados y los Estados.

⁵⁹¹ La Resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad, condena *todos los actos de terrorismo* como amenazas a la paz y seguridad internacionales. Ya no utiliza el adjetivo “internacional” (a partir de ahí, utiliza la misma fórmula en subsiguientes resoluciones). Esta Resolución, además, tiene implicaciones de otra índole, pues dispone que las medidas de protección enunciadas en el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo no serán aplicables a nadie respecto de quien *haya razones fundadas* para considerar que ha cometido actos contrarios a los propósitos y principios de la ONU, reafirmando que los actos terroristas lo son.

un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de realizarlo”.

Es también significativa la Resolución 2178 (2014)⁵⁹², cuyo cumplimiento ha provocado la reforma de las leyes penales de un elevado número de Estados (sobre todo en materia de combatientes terroristas extranjeros y de reclutamiento, aunque no únicamente). JIMÉNEZ GARCÍA opina que esta Resolución no cuenta con un soporte consensuado de carácter convencional o consuetudinario, que otras resoluciones como por ejemplo la 1373 sí reunía por su relación con el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999⁵⁹³. Se trata de una Resolución adoptada por unanimidad en una histórica reunión de jefes de gobierno de los miembros del Consejo de Seguridad, dictada en virtud del Capítulo VII de la Carta y cuya justificación se apoya en “la creciente amenaza representada por los combatientes terroristas extranjeros a la que se enfrenta la comunidad internacional”. Su punto más significativo, precisamente, es la confección del término original para el Derecho internacional de combatiente terrorista extranjero. Así, éstos son definidos en el considerando 8º de la Resolución como “las personas que viajan a un Estado distinto de su Estado de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o de proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, incluso en relación con conflictos armados”⁵⁹⁴. En el párr. 6, el Consejo de Seguridad exhorta a los Estados miembros a cerciorarse “de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para enjuiciar y sancionar las conductas terroristas y sus nuevas formas de actuación”,

⁵⁹² Fuente de nuestra legislación interna, pues principalmente se apoya en ella la LO 2/2015.

⁵⁹³ JIMÉNEZ GARCÍA, *REDI*, Vol. 68, N°2, 2016, pág. 279.

⁵⁹⁴ Ahora bien, el concepto de combatiente terrorista extranjero hay que buscarlo en la estrategia policial desarrollada por la Interpol y asumida por el Foro Global Contra el Terrorismo, un *think tank* creado en 2011 que carece de subjetividad internacional como aptitud de un ente para ser titular de derechos y deberes jurídicos internacionales. Así pues, en abril de 2013, Interpol aprobó un proyecto sobre combatientes terroristas extranjeros, y, en julio de ese mismo año, se celebró en su sede la primera reunión que lo implementaba. En septiembre, Marruecos y los Países Bajos presentaron una iniciativa ante el Foro Global Contra el Terrorismo respecto de este fenómeno, iniciativa que dio lugar al Memorando de La Haya-Marrakech de 23 septiembre de 2014 sobre Buenas Prácticas para dar una respuesta más eficaz al fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros (“The Hague – Marrakech Memorandum on Good Practices for a More Effective Response to the FTF Phenomenon”). Unos días antes, el 15 de agosto de 2014, el Consejo de Seguridad había adoptado la Resolución 2170 (2014), que, en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional, dedica un apartado específico a los combatientes terroristas extranjeros en los términos expresados en el Memorando. Consulta: https://www.thegctf.org/documents/10162/140201/14Sept19_The+Hague-Marrakech+FTF+Memorandum.pdf (último acceso 19/03/2023).

concretamente, que tipifiquen como delitos graves el viajar o el intento de viajar a un Estado distinto del de su Estado de residencia o nacionalidad, con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo. Impone también la criminalización de la recaudación de fondos para esos viajes, así como la organización o colaboración para que esos viajes se realicen. Cabe destacar también de esta Resolución que en su párr. 1 “exige que todos los combatientes terroristas extranjeros depongan las armas, pongan fin a los actos terroristas y dejen de participar en los conflictos armados”. Esto revela una práctica insólita del Consejo de Seguridad, pues no solo impone obligaciones a los Estados miembros, sino también directamente a los individuos. Señala PETERS que aunque en el párr. 1 se consagre una obligación *erga omnes*, esta no puede ser por sí misma la base para criminalizar el comportamiento de un combatiente terrorista extranjero, pues una correcta observancia del principio de legalidad exigiría que se estableciera el delito explícitamente⁵⁹⁵, lo que, con motivo del cumplimiento por parte de los Estados de esta Resolución, ha ocurrido, pues la conducta de viajar o establecerse en el extranjero con finalidad terrorista ya es un delito tipificado en muchos de los códigos penales de los Estados miembros⁵⁹⁶. La Resolución es criticable porque obliga, desde un órgano político

⁵⁹⁵ PETERS, *EJIL: Talk!*, 2014. También: GARRIDO MUÑOZ, *REDI*, Vol. 67, N°1, 2015, pág. 306.

⁵⁹⁶ Sobre esto y sobre cómo ha influido esta Resolución la reforma de la ley penal española al respecto (tanto en 2015, como en 2019), ver *infra*: El delito de traslado o establecimiento en territorio extranjero con finalidad terrorista y mi artículo: MOLINA ÁLVAREZ, *CPC*, N°130, 2020, págs. 113-147. Otros países de nuestro entorno también han incluido este delito en sus legislaciones penales domésticas. Sin ánimo de exhaustividad: Alemania recoge en el art. 89a (2a) de su StGB la prohibición de salir de la República Federal Alemana con intención de cometer actos terroristas; Portugal, por su parte, introdujo con la Lei 60/2015 la pena de prisión de hasta cinco años para quien, por cualquier medio, viaje o trate de viajar a un territorio distinto de su Estado de residencia o nacionalidad con la intención de cometer actos terroristas (también el adiestramiento o el proporcionarlo); Bélgica, criminaliza en el art. 140 sexies de su Code Pénal el abandono del territorio belga o la entrada a territorio belga con la intención de cometer o contribuir a la comisión de delitos de terrorismo; y Francia, que recoge en el art. 421-2-6 d) de su Code Pénal el delito de haber permanecido en el extranjero en lugares que se estén llevando a cabo operaciones de grupos terroristas. También se han aprobado medidas extrapenales de diversa índole contra los *foreign terrorist fighters*, como la ampliación de los poderes de los servicios militares o de inteligencia, la revocación de la nacionalidad del Estado correspondiente o la retirada de los documentos de identidad y la prohibición de viajar al extranjero. Así, por ejemplo, en marzo de 2017, el Ministerio de Seguridad y Justicia holandés amplió la ley para revocar la nacionalidad, siendo posible la revocación de la misma si el sujeto se une a una organización terrorista en el extranjero (<https://ind.nl/en/dutch-citizenship/losing-dutch-nationality#dutch-nationality-revoked-by-the-government>). La ley puede consultarse aquí (en holandés): <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2017-13023.html> (últimos accesos 19/03/2023). Por otro lado, en 2014, Francia modificó su Code de la Sécurité Intérieure para prever en su art. 224-1 la prohibición de abandonar el territorio a cualquier francés cuando haya razones serias para creer que está planeando: viajar al extranjero para participar en actividades terroristas; o viajar a un lugar extranjero en el que se estén realizando operaciones de grupos terroristas. Tras la notificación de la prohibición, y, a más tardar, en un plazo de veinticuatro horas a partir de esa fecha, el interesado deberá devolver su pasaporte y su documento nacional de identidad. Se trata de una prohibición por un período máximo de seis meses. Sobre medidas

y restringido, a la adaptación de los Derechos penales internos al tenor de su texto, sin que los Estados que deben incorporar los delitos que en ella se contienen hayan participado en la aprobación de la Resolución (teniendo en cuenta, además, que solicita la criminalización de conductas muy alejadas a la puesta en peligro de bienes jurídicos)⁵⁹⁷.

1.3. La Asamblea General y la aproximación convencional sectorial en materia de terrorismo

La Asamblea General ha realizado un importante trabajo en lo que a la regulación internacional del terrorismo se refiere, y, aunque no haya conseguido por el momento la adopción de un Convenio omnicompreensivo sobre terrorismo, ha abordado la materia mediante resoluciones y mediante una aproximación sectorial convencional. Cabe destacar la diferente aproximación frente al terrorismo que asumen el Consejo de Seguridad y la Asamblea General. El primero se centra más en cuestiones militares y sancionatorias (aunque en los últimos años, como hemos visto, también impone a los Estados la tipificación de conductas delictivas). La Asamblea General, sin embargo, tiende desde el principio al tratamiento del terrorismo como un fenómeno criminal, impulsando medidas relativas a la cooperación policial y judicial entre los Estados, y mostrándose más preocupada por el respeto de los derechos humanos.

En lo que se refiere a las resoluciones de la Asamblea General, pueden destacarse dos. En primer lugar, la “Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional” inserta en la Resolución 49/60, de 17 de febrero de 1995, que en su párr. 3 estableció que el terrorismo incluye “actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas”, lo que contribuye a la formación de una definición, y digo contribuye, porque, como es sabido, las resoluciones de la Asamblea General carecen de carácter vinculante para los Estados miembros. En segundo lugar, cabe mencionar la Resolución A/RES/60/288, de 20 de septiembre de 2006, que plasmó un informe del entonces Secretario General Kofi Annan dirigido a la Asamblea General con

administrativas contra las personas que retornan: RAGAZZI/WALMSLEY, en: SCHERRER, *The return of foreign fighters to EU soil*, 2018, págs. 41-43.

⁵⁹⁷ Así, BEUREN, en: ODENDAHL (Ed.), *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, pág. 190.

una serie detallada de recomendaciones⁵⁹⁸, en forma de lo que se denominó como “Estrategia global de la ONU contra el terrorismo” y su Plan de Acción anexo⁵⁹⁹.

En cuanto a los tratados internacionales, existen diecinueve instrumentos de carácter sectorial impulsados por la ONU que se consideran como el acervo internacional convencional general relativo al terrorismo⁶⁰⁰.

La necesidad de abordar el problema del terrorismo a nivel internacional, pero teniendo en cuenta las numerosas dificultades jurídico-políticas que planteaba la culminación de un consenso en la materia, hizo que la comunidad internacional optara (aunque no deliberadamente) por un enfoque sectorial convencional. Este enfoque salva la dificultad de llegar a una definición consensuada general, pero, a la vez, se presenta como ineficaz en tanto que determinadas conductas violentas consideradas terroristas no quedan cubiertas por ellos, pues muchos métodos que se entienden usualmente utilizados por la violencia terrorista no se prevén en los instrumentos⁶⁰¹.

Estos instrumentos sectoriales comprometen a los Estados para adoptar internamente normas que tipifiquen las conductas previstas en ellos. Algunos de los instrumentos se centran en actos delictivos violentos o peligrosos contra objetivos

⁵⁹⁸ A/60/825, “Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo”, de 27 de abril de 2006.

⁵⁹⁹ Por recomendación del Secretario General, la AG creó mediante su A/RES/71/291, de 19 de junio de 2017, la Oficina de la ONU contra el Terrorismo., cuyo propósito es el de asistir a los Estados miembros en la aplicación de la Estrategia Global de la ONU contra el Terrorismo.

⁶⁰⁰ Estos diecinueve instrumentos, pueden agruparse como sigue: 1. Instrumentos sobre aviación civil: Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves de 1963 y el Protocolo que lo modifica de 2014; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971 y su Protocolo complementario de 1988; Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional de 2010, su Protocolo complementario del mismo año. 2. Instrumentos sobre protección del personal internacional: Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 1973. 3. Instrumentos relacionados con la toma de rehenes: Convención Internacional contra la toma de rehenes de 1979. 4. Instrumentos sobre materiales nucleares: Convención sobre la protección física de los materiales nucleares [y las instalaciones nucleares] de 1980 y su Enmienda de 2005; Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005. 5. Instrumentos relacionados con actos ilícitos en el mar: Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988 y su Protocolo de 2005; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental de 1988 y su Protocolo de 2005. 6. Instrumentos sobre materiales explosivos: Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección de 1991; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, 1997. 7. Instrumentos relativos a la financiación del terrorismo: Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999. Consulta: <https://www.un.org/counterterrorism/es/international-legal-instruments> (último acceso 19/03/2023).

⁶⁰¹ En este sentido: DI FILIPPO, *EJIL*, N°19, 2008, pág. 535; SAUL, en: BOISTER/CURRIE, *Handbook of Transnational Criminal Law*, 2015, pág. 398; STEIGER, en: ODENDAHL, *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, págs. 50-51.

especialmente vulnerables o política o económicamente significativos (aviones, aeropuertos, buques, plataformas fijas y personas protegidas internacionalmente); otros se ocupan de concretas formas de actuación como el secuestro o la toma de rehenes); otros prohíben el uso de determinadas armas (explosivos plásticos, material nuclear y bombas); y, por último, existe uno que se centra en la represión de la financiación del terrorismo. Estos Convenios implementan mecanismos de cooperación judicial entre Estados, lo que denota un enfoque eminentemente reconducido a través de los sistemas penales domésticos. Es importante remarcar que ninguno de estos convenios hace surgir responsabilidad penal internacional individual por terrorismo. Esta aproximación hacia mecanismos penales internos y de cooperación judicial puede extraerse también, *contrario sensu*, de algunos preceptos de los instrumentos, precisamente de aquellos que excluyen las situaciones que se rijan por el DIH⁶⁰².

Del conjunto de instrumentos, llaman la atención varias cuestiones.

En primer lugar, la ausencia de las palabras “terrorismo”, “acto terrorista” o “terrorista” en la mayoría de estos convenios.

En segundo lugar, la mayoría de estos convenios sectoriales generales no mencionan la conspiración, la incitación, el reclutamiento, el adiestramiento o los actos preparatorios en general. Una excepción notable es, por supuesto, el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999, y otra, es el Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional de 2010, que es el primer tratado general contra el terrorismo que exige a los Estados la tipificación de actos preparatorios en su art. 1.5. Sugiere GARMS que las preocupaciones que plantean los actos preparatorios y anteriores a los preparatorios desde el punto de vista del Estado de Derecho y de los derechos humanos, especialmente cuando se combinan con los riesgos de definiciones vagas o demasiado amplias del terrorismo y del abuso político de las acusaciones por terrorismo, son una de las principales razones de esta llamativa omisión de los tratados generales contra el terrorismo⁶⁰³. Estoy de acuerdo con el autor, pero añadiría que esa omisión se debe también a la antigüedad de

⁶⁰² El art. 19.2 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997; el art. 4 del Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005; o el art. 2.4 b) de la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares y las instalaciones nucleares, introducido por la Enmienda de 2005.

⁶⁰³ GARMS, en: NOWAK/CHARBORD (Ed.), *Using human rights to counter terrorism*, 2018, págs. 272-273.

los tratados, pues desde hace un tiempo a esta parte, todos los instrumentos internacionales contra el terrorismo (tanto del sistema de la ONU como de los sistemas regionales) imponen la tipificación de conductas muy alejadas de la real lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

En tercer lugar, cabe destacar que en el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997 se hace una referencia a un elemento estructural u organizativo, que no suele ser común en otros intentos de definición general o en otras definiciones de delitos concretos⁶⁰⁴.

Por último, existe una generalizada ausencia de un elemento subjetivo especial, que se supone generalmente como uno de los requisitos del terrorismo⁶⁰⁵. Excepciones a ello suponen el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999 y del Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005. Es por ello por lo que estos tres instrumentos convencionales son los que destacan a la hora contribuir a la aclaración de la cuestión que me ocupa en este punto del estudio, es decir, los intentos de la comunidad internacional por consensuar un concepto internacionalmente válido de terrorismo. De hecho, alguna doctrina⁶⁰⁶ y la Comisión de Derechos Humanos⁶⁰⁷ señalan que el Convenio relativo a la financiación representa el ejemplo de la vez que más cerca ha estado la comunidad internacional de llegar a un concepto consensuado de terrorismo, pues provee de una definición de terrorismo a la hora de describir las conductas que al financiarlas serían constitutivas de delito.

Los tres instrumentos citados presentan una estructura sistemática y un contenido similar. Comienzan con una enumeración de definiciones de términos de los Convenios, para enunciar después las conductas constitutivas de delito⁶⁰⁸. Castigan asimismo la

⁶⁰⁴ Art. 2.3. b) organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 o 2; o, c) contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 o 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate.

⁶⁰⁵ Ello es valorado de forma positiva por GUZMÁN DÁLBORA, en: AMBOS/MALARINO/STEINER (Ed.), *Terrorismo y derecho penal*, 2015, pág. 415.

⁶⁰⁶ SCHARF, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 36 (2), 2004, pág. 360; SAUL, *Legal Studies Research Paper N°15/84*, 2015, pág. 5; STEIGER, en: ODENDAHL, *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, págs. 51-52.

⁶⁰⁷ Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/103, de 7 de febrero de 2005, pág. 20.

⁶⁰⁸ En virtud del art. 2.1 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, comete delito “quien, ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o

amenaza de llevar a cabo los actos previstos en los Convenios y su tentativa, y prevén la penalización para las formas de participación en los mismos. En cuanto al ámbito de aplicación, ninguno de los tratados será aplicable cuando los actos previstos en ellos se hayan cometido en un solo Estado, el presunto autor y las víctimas sean nacionales de ese Estado y el presunto autor se halle en el territorio de ese Estado y ningún otro Estado esté facultado para ejercer la jurisdicción (salvo algunas excepciones previstas en sus textos). El enfoque de cooperación entre Estados que estos instrumentos implantan hace que los instrumentos tengan razón de ser para supuestos delictivos con un elemento transnacional, pero no para supuestos puramente domésticos. Al hilo de esto, una nota importante del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo es que incluye en su definición la posibilidad de cometer estos actos en situaciones de conflicto armado⁶⁰⁹.

En todas las definiciones de delitos específicos de terrorismo que podemos extraer de estos tres instrumentos convencionales se exige que el delito sea cometido de forma dolosa: “deliberada o intencionadamente”. A ese elemento subjetivo general, se le añaden algunos elementos subjetivos específicos: el propósito de “causar la muerte o lesiones corporales graves” se encuentra presente en las tres definiciones seleccionadas, si bien otros difieren de definición a definición, siendo el más común entre ellas el del propósito

detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales; o, b) con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico”. Por su parte, comete el delito de financiación del terrorismo según el art. 2.1 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo el sujeto que “por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, para cometer: a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el Anexo y tal como esté definido en ese tratado; b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”. Y, por último, de acuerdo con el art. 2 del Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005, cometerá un delito en el sentido del Convenio: “quien, ilícita e intencionalmente: a) Posea material radiactivo o fabrique o posea un dispositivo: i) Con el propósito de causar la muerte o lesiones corporales graves; o, ii) Con el propósito de causar daños considerables a los bienes o al medio ambiente; b) Utilice en cualquier forma material radiactivo o un dispositivo, o utilice o dañe una instalación nuclear en forma tal que provoque la emisión o entrañe el riesgo de provocar la emisión de material radiactivo: i) Con el propósito de causar la muerte o lesiones corporales graves; o, ii) Con el propósito de causar daños considerables a los bienes o al medio ambiente; o, iii) Con el propósito de obligar a una persona natural o jurídica, una organización internacional o un Estado a realizar o abstenerse de realizar algún acto”.

⁶⁰⁹ “Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado”.

de “intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”, aunque no el único, pues existen otros como el propósito de “destrucción significativa de un lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico” o el de “causar daños considerables a los bienes o al medio ambiente”.

1.4. La definición internacional del terrorismo: ¿un consenso en el horizonte o una misión imposible?

El primer intento de convenir internacionalmente en un tratado general una definición de terrorismo se llevó a cabo en el seno de la Sociedad de Naciones ente los años 1934 y 1937, con la elaboración del Convenio para la prevención y represión del terrorismo⁶¹⁰. Su texto fue aprobado en 1937, si bien no llegó nunca a entrar en vigor. En su art. 1.2, se define el terrorismo como “cualquier acto criminal dirigido contra un Estado y encaminado a o planeado para crear un estado de terror en la mente de personas particulares, de un grupo de personas o del público en general”. Paralelamente al citado tratado, se negoció la conocida como Convención para la creación de una Corte Penal Internacional, que tampoco llegó a entrar en vigor. Sendos instrumentos se elaboraron simultáneamente porque el segundo instituía un tribunal internacional que precisamente se ocuparía de juzgar los actos de terrorismo que el primer convenio tipificaba como tales (aunque para su competencia, como para la de la actual CPI, regía el principio de complementariedad). Llama la atención que el primer intento de creación de un tribunal penal internacional fuera pensado para conocer únicamente de actos de terrorismo⁶¹¹,

⁶¹⁰ El suceso que originó la negociación de ambos tratados fue el asesinato en Marsella el 9 de octubre de 1934 del Ministro de Asuntos Exteriores francés Louis Barthou y del Rey Alejandro I de Yugoslavia, que se encontraba de visita oficial en la ciudad francesa. Los hechos fueron perpetrados por un nacional búlgaro llamado Vlado Chernozemski, miembro de la Organización Interna Revolucionaria de Macedonia, organización búlgara catalogada como terrorista que operaba en la región de Macedonia, Tracia, Bulgaria, Serbia y más tarde en el Reino de Yugoslavia. Según las investigaciones posteriores al asesinato, esta organización habría planeado los hechos en colaboración con otra organización croata de signo fascista también catalogada como terrorista, la conocida como Ustaše. Sin embargo, este proyecto de implantación de una Corte Penal Internacional había comenzado a gestarse a mitades de la década anterior, impulsada por Rumanía, que en 1926 planteó en la Sociedad de Naciones la posibilidad de elaborar una convención sobre terrorismo. Precisamente, el diplomático y penalista rumano Vespasiano PELLA jugó un importante papel en la elaboración de sendos instrumentos.

⁶¹¹ Aunque es cierto que estaba pensando como un Tribunal al que podían acceder los Estados como una alternativa a su jurisdicción nacional (BOISTER, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 12, N°3, 2009, pág. 361).

dado el amplio debate generado por la exclusión de los actos de terrorismo internacional en el Estatuto de la CPI, sobre el que volveré más adelante.

En el seno de la ONU, la Asamblea General, en su Resolución 51/210 de 1997, decidió establecer un Comité Especial encargado de elaborar un Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y, posteriormente, un Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear. A este mandato se añadió más tarde el de estudiar “medios de promover el desarrollo de un marco jurídico global de convenios relativos al terrorismo internacional, inclusive la posibilidad de elaborar un convenio general sobre el terrorismo internacional”⁶¹².

Así, a finales de 2000 se comenzó a trabajar en un proyecto de Convenio general sobre el terrorismo internacional que complementa el acervo actual, el cual, más de 20 años después, no ha conseguido adoptarse⁶¹³.

En la ya mencionada Estrategia Global de la ONU contra el Terrorismo se vuelve a poner de manifiesto la necesidad de que la comunidad internacional llegue a un acuerdo sobre un Convenio general contra el terrorismo internacional, destacando la cuestión pendiente de definir jurídicamente el terrorismo.

Las negociaciones se encuentran bloqueadas. La última versión del precepto en el que se contiene la definición del delito de terrorismo⁶¹⁴ es la siguiente: art. 2.1 “Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionalmente y por cualquier medio cause: a) La muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o b) Daños graves a bienes públicos o privados, incluidos lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructura o el medio ambiente; o c) Daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes a que se hace referencia en el apartado precedente, cuando produzcan o puedan producir un gran

⁶¹² India había presentado un borrador de convenio general en 1996 (A/C.6/51/6, de 11 de noviembre), que contenía una definición en su art. 2 (“1. Los Estados Contratantes asegurarán que su legislación nacional reconozca que los actos criminales con fines políticos, concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en grupos de personas o en personas determinadas, son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera que sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”).

⁶¹³ Los documentos relativos a las negociaciones del proyecto de Convenio general son los siguientes: A/57/37, A/59/894, A/C.6/60/L.6, A/61/37, A/C.6/61/SR.21, A/62/37, A/C.6/62/SR.16, A/63/37, A/C.6/63/SR.14, A/64/37, A/C.6/64/SR.14, A/65/37, A/C.6/65/L.10, A/66/37, A/C.6/66/SR.28, A/C.6/67/SR.23, A/68/37, A/C.6/69/SR.28, A/C.6/70/SR.27, A/C.6/71/SR.31, A/C.6/72/SR.28 y A/C.6/73/SR.33.

⁶¹⁴ Esta última versión se contiene en la Carta dirigida al presidente de la AG por el presidente de la Sexta Comisión (A/59/894 Apéndice II, de 12 de agosto de 2005).

perjuicio económico; en caso de que el *propósito de tal acto sea, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo*". Como se observa, el precepto presenta de nuevo un doble elemento subjetivo. La conducta debe ser dolosa, y, además, debe realizarse con la finalidad de intimidar o con la de obligar al poder público a hacer o dejar de hacer algo. En los siguientes apartados del precepto se prevé también como delito la amenaza de cometer cualquiera de los actos, la posibilidad de su apreciación en grado de tentativa, y la participación, la organización y la colaboración⁶¹⁵.

Se han vertido muchas críticas desde la doctrina a esta definición⁶¹⁶. Entre otras cuestiones, se ha sostenido que esta debería poner más énfasis en la pérdida de vidas que en el daño a propiedades privadas o públicas, pues ambas cuestiones aparecen equiparadas; se ha señalado que es extremadamente vaga, y, por tanto, de poca utilidad práctica; que, en realidad, no diferencia el terrorismo del crimen común, y tampoco provee medios para ello (fácilmente podría aplicarse, por ejemplo, a un grupo criminal que no tuviera una agenda política como al que sí la tuviera); que, en algún punto es demasiado restrictiva, pues, por ejemplo, no incluye la toma de rehenes o los secuestros; o que tiene implicaciones en materia de derechos humanos, no solo porque su vaguedad afecta al derecho a la legalidad penal, sino porque la finalidad consistente en "obligar a un gobierno o una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo"⁶¹⁷ podría dar entrada a la consideración como terrorismo de otros movimientos de protesta, comprometiendo otras libertades fundamentales.

⁶¹⁵ "2. También constituirá delito la amenaza creíble y seria de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párr. 1 del presente artículo. / 3. También será punible la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párr. 1 del presente artículo. / 4. También comete delito quien: a) Participe como cómplice en cualquiera de los delitos enunciados en los párr. 1, 2 ó 3 del presente artículo; b) Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión de uno de los delitos indicados en los párr. 1, 2 ó 3 del presente artículo; o c) Contribuya a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párr. 1, 2 ó 3 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común. La contribución deberá ser intencional y hacerse: i) Con el propósito de colaborar con los fines delictivos o la actividad delictiva general del grupo, si tales fines o tal actividad entrañan la comisión de cualquiera de los delitos enunciados en el párr. 1 del presente artículo; o ii) Con conocimiento de la intención del grupo de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párr. 1 del presente artículo".

⁶¹⁶ Un estudio sobre ellas puede verse en: SCHMID, en: SCHMID (Ed.), *Handbook of Terrorism Research*, 2011, págs. 52 y ss.

⁶¹⁷ Elemento finalístico presente, por cierto, en sendas definiciones del art. 573 del CP y del art. 3.2 b) de la Directiva 541/2017.

Creo que la formulación de una definición tan amplia⁶¹⁸ es inevitable si se quiere conseguir un consenso internacional entre los distintos Estados, que, como es normal, poseen diferentes miradas políticas ante las mismas problemáticas. Sin embargo, ello no es aceptable para una definición académica⁶¹⁹, teniendo presente, además, que nos encontramos ante una definición con tan serias consecuencias prácticas. A mi juicio, la última versión de la definición que ofrece el Proyecto es insuficiente. Cabe augurar que, si en algún momento se adopta, la situación fáctica para con el terrorismo no cambiará demasiado, pues dada su amplitud, los Estados no tendrán dificultades en seguir designando como terroristas todo tipo de violencias, y, esta vez, con el apoyo que supone “una definición comúnmente aceptada”.

A pesar de estas críticas, el precepto relativo a la definición se encuentra relativamente aceptado por los Estados, si bien no se ha alcanzado un consenso en relación con el ámbito de aplicación del instrumento y sobre las excepciones a las que no se aplicaría (en las primeras versiones, en el art. 18, en la última, ubicadas en el art. 20⁶²⁰). La citada cuestión sí pudo resolverse en algunos de los Convenios sectoriales citados anteriormente⁶²¹ (y también en los instrumentos europeos, pues los Estados europeos

⁶¹⁸ Por ejemplo, mucha doctrina hace hincapié en lo fundamental del elemento estructural u organizativo, idea que, sin embargo, no se ha reflejado en los instrumentos de la ONU.

⁶¹⁹ En este sentido: SCHMID, en: SCHMID (Ed.), *Handbook of Terrorism Research*, 2011, pág. 94, n.p. 76.

⁶²⁰ “1. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio menoscabará los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los Estados, de los pueblos y de las personas con arreglo al derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta y el DIH. / 2. Las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, según se entienden esos términos en el DIH, que se rijan por ese derecho, no estarán sujetas al presente Convenio. / 3. Las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales, en la medida en que se rijan por otras normas del derecho internacional, no estarán sujetas al presente Convenio. / 4. Nada de lo dispuesto en el presente artículo condona ni legitima de manera alguna actos ilícitos, ni obsta para su enjuiciamiento en virtud de otras leyes”.

⁶²¹ El art. 19.2 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997: “2. Las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, según se entienden esos términos en el DIH y que se rijan por ese derecho, no estarán sujetas al presente Convenio y tampoco lo estarán las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales, en la medida en que se rijan por otras normas del derecho internacional”; el art. 4 del Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005: “2. Las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, según se entienden esos términos en el DIH, que se rijan por ese derecho no estarán sujetas al presente Convenio y las actividades que lleven a cabo las fuerzas armadas de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales, en la medida en que se rijan por otras normas de derecho internacional, no estarán sujetas al presente Convenio”; o el art. 2.4 b) de la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares y las instalaciones nucleares, introducido por la Enmienda de 2005: “Las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, según se entienden estos términos en el DIH, que se rijan por este derecho, no estarán regidas por la presente Convención, y las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el desempeño de sus funciones oficiales, en la medida en que se rijan por otras normas del derecho internacional, no estarán regidas por esta Convención”.

comparten en ese punto la misma perspectiva⁶²²). Los mayores desacuerdos son tres. En primer lugar, los países de la Organización para la Cooperación Islámica abogan por la exclusión de la aplicación del Convenio a las “partes” de un conflicto armado, refiriéndose a las fuerzas no regulares del Estado que tomen parte. En segundo lugar, esos mismos Estados han puesto de manifiesto la necesidad de excluir del ámbito del Convenio la lucha por la liberación y autodeterminación de los pueblos sometidos a dominación o agresión extranjera⁶²³. El bloque occidental se opone a estas exclusiones, que sí han sido plasmadas explícitamente en otras Convenciones regionales en la materia⁶²⁴. Y, por último, el tercer punto de desacuerdo gira en torno a la inclusión del “terrorismo de Estado” en el ámbito de aplicación del tratado. Estas conductas, no obstante, estarán también previstas en las Convenciones de Ginebra o serán constitutivas de crímenes internacionales bajo la competencia de la CPI o de delitos tipificados en las legislaciones penales domésticas⁶²⁵.

El desbloqueo del *impasse* en las negociaciones del Convenio está a expensas de la buena voluntad política. Si no se define el terrorismo, o cuanto más ampliamente se haga, más margen de maniobra ganan algunos Estados (y ello es buen incentivo para renunciar a la definición)⁶²⁶. Por otro lado, existen otras posibles causas ocultas del porqué de la falta de acuerdo. Señala POMARES CINTAS que, en realidad, esta definición comúnmente aceptada ya no se considera materialmente necesaria. La política internacional actual para con el terrorismo es preventiva, se centra en combatir la radicalización como causa que conduce a extremismos violentos. Lo relevante

⁶²² Ver: Considerando (37) de la Directiva 2017/541 y art. 26 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo de 2005. Estos instrumentos disponen que su contenido no afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados miembros en virtud del Derecho internacional y del DIH; y no rigen las actividades de las fuerzas armadas en períodos de conflicto armado (en su descripción dada por el DIH), ni las actividades de los ejércitos estatales en el ejercicio de sus funciones oficiales, cuando se rijan por otras normas de Derecho internacional.

⁶²³ Señala a este respecto SAUL, en: BOISTER/CURRIE, *Handbook of Transnational Criminal Law*, 2015, pág. 400, que este desacuerdo en el texto es más político que jurídico, puesto que la ocupación ya está clasificada como “conflicto armado” internacional según el DIH.

⁶²⁴ Convención para la represión del terrorismo de la Liga de Estados Árabes de 1998 (art. 2.a)), la Convención de la Organización para la Cooperación Islámica para la lucha contra el terrorismo de 1999 (art. 2.a)) o la Convención de la Unión Africana para la prevención y lucha contra el terrorismo de 1999 (art. 3.1).

⁶²⁵ Sobre estos desacuerdos en las negociaciones, pueden verse: HMOUD, *JICJ*, N°4, 2006, págs. 1031-1043; SCHMID, en: SCHMID (Ed.), *Handbook of Terrorism Research*, 2011, págs. 52 y ss.; SAUL, en: BOISTER/CURRIE, *Handbook of Transnational Criminal Law*, 2015, págs. 399-401; DUFFY, *The ‘War on Terror’ and the Framework of International Law*, 2ª ed., 2015, págs. 33-38; A/59/565, de 2 de diciembre de 2004, págs. 53-54.

⁶²⁶ En similar sentido: STEIGER, en: ODENDAHL, *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, págs. 47-48.

actualmente es la anticipación de las amenazas, no responder a ellas⁶²⁷, por lo que los actuales esfuerzos internacionales en materia de terrorismo giran en torno a la formulación de estrategias para prevenir la radicalización, los discursos extremistas o las conductas preparatorias (y las anteriores a estas). No le falta razón a la autora, y sus afirmaciones se irán constatando a lo largo del estudio de la legislación española vigente sobre terrorismo y de la Directiva 541/2017.

III. El Derecho penal internacional⁶²⁸ ante el terrorismo

1. El terrorismo como crimen internacional

Otro de los grandes interrogantes y puntos de discusión relacionado con la problemática del concepto jurídico de terrorismo se encuentra en su calificación o no como crimen internacional en el sentido de que pueda hacer surgir responsabilidad internacional individual.

⁶²⁷ POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, pág. 82.

⁶²⁸ Existe un debate doctrinal respecto de los términos Derecho penal internacional y Derecho internacional penal. Originariamente y para algunos autores, el Derecho penal internacional constituye aquella parcela del Derecho interno de cada Estado sobre aplicación de la ley penal fuera de su territorio, la regulación de la cooperación judicial internacional en materia penal y las normas relativas a la extradición. Entienden estos autores que, por Derecho internacional penal, entonces, debe entenderse aquella parte del Derecho internacional que establece una legislación penal de la comunidad internacional para la protección de sus intereses, aplicable por tribunales internacionales a sujetos individuales (no a Estados). Por ejemplo: QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, 1957, pág. 20; RODRÍGUEZ CARRIÓN, en: *Pacis Artes*, 2005, Vol. 1, págs. 576-577; QUINTERO OLIVARES/JARIA I MANZANO/PIGRAU I SOLÉ, en: QUINTERO OLIVARES/JARIA I MANZANO/PIGRAU I SOLÉ (Coord.), *Derecho penal constitucional*, 2015, pág. 62). Existe otro sector doctrinal que entiende que la denominación Derecho penal internacional aglutina tanto los aspectos “internacionales” del Derecho penal o procesal interno como la legislación penal internacional, por lo que manejan un concepto “amplio” de Derecho penal internacional (así, por ejemplo: BASSIOUNI, *Derecho penal internacional*, 1984, págs. 49 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, en: BERISTAIN IPIÑA/DE LA CUESTA ARZAMENDI (Dirs.), *Protección de los Derechos Humanos*, 1989, pág. 11; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho penal internacional*, 2006, págs. 64-66). Este concepto amplio es lo que se puede identificar en alemán con el concepto “*Internationales Strafrecht*” (ver: SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2008, pág. 30). No obstante, estas concepciones han recibido críticas, sosteniendo otro sector doctrinal que la expresión Derecho penal internacional (en este sentido, en inglés “*international criminal law*” o en alemán “*Völkerstrafrecht*”) debe reservarse para la legislación penal de la comunidad internacional (de esta opinión, por ejemplo: WERLE/JESSBERGER, *Tratado*, 2017, págs. 84 y 113; GIL GIL/MACULAN, en: GIL GIL/MACULAN (Dirs.), *Derecho penal internacional*, 2016, pág. 37; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., 1999, pág. 175). Al fin y al cabo, las normas relativas a aplicación espacial de la ley penal, a la cooperación judicial en materia penal o a la extradición son normas internas (aunque puedan estar previstas en tratados internacionales), y son eminentemente de naturaleza procesal, aunque presenten, por supuesto, elementos o aspectos internacionales o extranjeros. Por estas razones, el concepto preferido en este trabajo será aquel que considera el Derecho penal internacional como aquella rama del Derecho internacional que establece la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales.

El terrorismo, de momento, no hace nacer ese tipo de responsabilidad, pues la jurisdicción de la CPI⁶²⁹ se limita al conocimiento de los llamados “crímenes fundamentales o nucleares” (*core crimes*), que, según el Estatuto de Roma, son los siguientes: el genocidio (art. 6), el crimen de lesa humanidad (art. 7), el crimen de guerra (art. 8) y el crimen de agresión (art. 8 bis). De acuerdo con lo establecido en el Preámbulo y en el art. 5 del Estatuto de Roma, estos crímenes han sido considerados como los más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto⁶³⁰.

Sentado esto, el terrorismo se considera general y únicamente como un crimen internacional “basado en tratados” (*treaty-based crime* o *treaty crime*)⁶³¹, no haciendo surgir responsabilidad internacional individual las disposiciones convencionales referidas a los mismos. Estos instrumentos internacionales se centran básicamente en la coordinación o armonización de las regulaciones domésticas de este tipo de delitos, por lo que a su respecto puede hablarse, a lo sumo, de una punibilidad conforme al Derecho internacional de manera indirecta, mediada por los sistemas jurídicos domésticos⁶³².

A pesar de la no inclusión del terrorismo en los “crímenes nucleares” de Derecho penal internacional, la cuestión no se encuentra en absoluto exenta de polémica. En las

⁶²⁹ La CPI nace a partir de la Conferencia de Plenipotenciarios de la ONU sobre el establecimiento de una CPI, celebrada en Roma entre el 15 de junio al 17 de julio de 1998. Su carta fundacional es el ER, con naturaleza jurídica de tratado internacional, mediante el que los Estados parte se someten a la competencia del Tribunal. La CPI tiene competencia respecto de los crímenes de su competencia cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma (1 de julio de 2002). Su jurisdicción puede ser activada por el Fiscal de la CPI, por el Consejo de Seguridad o por los Estados miembro (art. 13 del Estatuto de Roma). Si el caso es remitido a la CPI por la Fiscalía o por un Estado miembro, la CPI podrá conocer de él si el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o bien el Estado del que sea nacional el acusado del crimen, es parte del Estatuto de Roma, o si no lo es, si se somete a la competencia del Tribunal mediante una declaración *ad hoc*. Rige para ella el principio de “complementariedad” (art. 1 del Estatuto de Roma), lo que quiere decir que funciona como jurisdicción complementaria a la de los Estados. Sobre la jurisdicción de la CPI, puede verse: SCHABAS, *An introduction*, 2017, págs- 46-140; y, sobre el principio de complementariedad, del mismo, págs. 170-182; o ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho penal internacional*, 2006, págs. 119-125.

⁶³⁰ Estos son los delitos que cumplen las tres condiciones para ser parte del Derecho penal internacional: que conlleven responsabilidad individual y estén sujetos a castigo; que la disposición que describa la conducta punible sea parte del Derecho penal internacional; y que la conducta sea punible conforme al derecho internacional independientemente de si es punible con arreglo al derecho interno de los Estados (WERLE/JESSBERGER, *Tratado*, 2017, págs. 83-87).

⁶³¹ Otros crímenes considerados como basados en tratados, son: la tortura (Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1987), cuando no sea subsumible en los actos de tortura descritos por el Estatuto de Roma para los crímenes de lesa humanidad o de guerra; el tráfico de drogas (Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y su Protocolo de 1972, Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y la Convención de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988); o el crimen transnacional organizado (Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo de 2000).

⁶³² WERLE/JESSBERGER, *Tratado*, 2017, pág. 108.

negociaciones llevadas a cabo durante la Conferencia de Roma⁶³³, uno de los puntos candentes a tratar lo constituyó precisamente la inclusión de los delitos de terrorismo en la competencia de la CPI. Algunos Estados abogaron por esta propuesta⁶³⁴ como puede extraerse de las declaraciones contenidas en las Actas de sesiones del Comité Plenario⁶³⁵, si bien esas intenciones nunca llegaron a materializarse. Así, en la Resolución E del Acta Final de la Conferencia de Roma⁶³⁶ se deploraba que no se hubiera podido llegar a un acuerdo sobre una definición generalmente aceptable de los crímenes de terrorismo para que quedaran comprendidos en el Estatuto de Roma; y, por ello, recomendaba que en una conferencia de revisión se examinaran de nuevo estos crímenes con miras a llegar a una definición aceptable y a que quedaran comprendidos en el ámbito competencial de la CPI.

Tampoco en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala en 2010 las propuestas relativas a la extensión de la competencia de la CPI obtuvieron mayores apoyos⁶³⁷. Identifica BOISTER varios factores que dificultaron la

⁶³³ Conferencia de Plenipotenciarios de la ONU sobre el establecimiento de una CPI, celebrada en Roma entre el 15 de junio al 17 de julio de 1998.

⁶³⁴ Albania (terrorismo de estado), Argelia, Armenia, Bangladesh, Camerún, Congo, Corea del Sur, Cuba, Emiratos Árabes Unidos, India, Israel, Kirguistán, Libia, Nigeria, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Pakistán (algunas formas), Sri Lanka, Tayikistán, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía y Yemen.

⁶³⁵ A/CONF.183/13 (Vol.II).

⁶³⁶ A/CONF.183/10, de 17 de julio de 1998.

⁶³⁷ Países Bajos presentó una propuesta relativa a la inclusión de los crímenes de terrorismo en la competencia de la CPI (cuyo texto se encuentra recogido en la Resolución ICC-ASP/8/43/Add.1). Su propuesta recuerda que el Estatuto de Roma se aplica a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto; quedando el crimen de terrorismo comprendido en esos crímenes (ya habiendo sido reconocido como tal en la Resolución E del acta final de la Conferencia de Roma de 1998). La propuesta holandesa considera el terrorismo como una de las más graves amenazas a la paz y la seguridad internacionales y estima necesario que los autores de actos terroristas respondan internacionalmente, cuando el Estado competente no pueda o no quiera perseguirlos. El hecho de que no haya una definición universalmente aceptada de terrorismo no es motivo para que la CPI no tenga competencia sobre el crimen, y propone aplicar al crimen de terrorismo la misma técnica que se utilizó para el crimen de agresión, es decir, su inclusión en el art. 5 del Estatuto de Roma, con un aplazamiento del ejercicio de la competencia de la CPI hasta que se llegue a un acuerdo sobre la definición y las modalidades del ejercicio de esa competencia.

En el Informe de la Mesa sobre la Conferencia de Revisión ICC-ASP/8/43, de 15 de noviembre de 2009, se resumen las conclusiones a las que se llegaron respecto de la propuesta de Países Bajos. Así, algunas delegaciones reconocieron en forma expresa la importancia de la cuestión del terrorismo, si bien también indicaron que la modalidad adoptada respecto del crimen de agresión en 1998 no era una referencia apropiada porque el Estatuto de Roma ya había entrado en vigor. Además, se expresaron dudas respecto de la viabilidad de incorporar el crimen de terrorismo en la competencia de la CPI, al no haber una definición jurídica de terrorismo. Otras delegaciones opinaron que se debía seguir examinando la propuesta, pero en un momento más oportuno en el futuro próximo, lo que permitiría tener en cuenta el resultado de las deliberaciones relativas al convenio general sobre el terrorismo que se estaba debatiendo en la Sexta Comisión de la AG de la ONU. Por último, también se sugirió que un proceso en dos etapas para incluir el terrorismo (una enmienda para incluirlo ahora en el Estatuto y luego otra una vez que se hubiera convenido en una definición) pudiera no ser deseable, pues incluir el crimen conjuntamente con su definición en un momento posterior evitaría la necesidad de que los Estados parte examinaran y aprobaran dos conjuntos diferentes de enmiendas.

inclusión de algunos crímenes en la competencia de la CPI: la imposibilidad de llegar a un consenso en las definiciones de algunos crímenes; su gravedad insuficiente; la existencia de obligaciones convencionales divergentes; los *treaty crimes* no son crímenes internacionales, en el sentido de que no están previstos como tales en un tratado, simplemente crean la obligación de ser tipificados en las legislaciones nacionales; que algunos de ellos no son relevantes para la comunidad internacional en su conjunto; y, por último, la inclusión de algunos de estos crímenes podría traer consigo consecuencias negativas de índole política⁶³⁸.

En 2015, Rumanía impulsó una iniciativa, a la que seguidamente se unió España⁶³⁹, que pretendía, según sus promotores, rescatar la idea surgida en 1937 en el seno de la Sociedad de Naciones de un tribunal penal internacional con competencia limitada para delitos de terrorismo⁶⁴⁰, cuyo objetivo sería el de evitar la impunidad de los delitos de terrorismo cuando los Estados no puedan o no tengan voluntad de perseguirlos (lo que ciertamente, como ya he apuntado antes, viene ocurriendo al contrario: cada vez son más y más amplias las conductas consideradas terroristas, dándose además una homogeneización penal de los derechos antiterroristas domésticos sin precedentes). Esta nueva versión de tribunal actuaría de forma complementaria a las jurisdicciones domésticas de los Estados y a la de la CPI (para aquellos supuestos de terrorismo que pudieran llegar a considerarse crímenes competencia de la CPI). En opinión de AURESCU, Ministro de Asuntos Exteriores de Rumanía e impulsor de la propuesta, se han materializado progresivamente suficientes elementos para un concepto de terrorismo en el derecho internacional consuetudinario, lo que permitiría la determinación de los delitos de terrorismo como materia jurisdiccional para este futuro tribunal internacional. Así, el Ministro propone una definición de terrorismo basada en dos elementos: de un lado, los actos enumerados en los convenios sectoriales de la ONU contra el terrorismo; y, de otro,

⁶³⁸ BOISTER, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 12, Nº3, 2009, págs. 346-355.

⁶³⁹ “España y Rumanía presentan su iniciativa para la creación de un Tribunal Internacional contra el Terrorismo”, *Nota de prensa del Ministerio de Asuntos Exteriores de España*, de 30 de septiembre de 2015.

Consulta:

https://www.exteriores.gob.es/gl/Comunicacion/Noticias/Paginas/Noticias/20150930_MINISTERIO3.aspx (último acceso 19/03/2023).

⁶⁴⁰ Como ya he señalado, el Tribunal de 1937 se configuraba como una competencia alternativa para los Estados. De hecho, se concibió como un Tribunal para el enjuiciamiento de *treaty crimes*, pues no había intención de crear un código penal internacional que hiciera surgir responsabilidad penal individual internacional. Sobre ello, ver: BOISTER, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 12, Nº3, 2009, págs. 361 y ss.

una definición general “abierta”, basada en elementos reconocidos por el Derecho internacional consuetudinario y la jurisprudencia (especialmente, la del TEL, que trato sucintamente el punto siguiente), que implicaría la existencia de intencionalidad para la perpetración de los actos y la intención específica de causar terror o coaccionar a una autoridad⁶⁴¹. La propuesta se fundamenta en la idea de que el terrorismo debe combatirse con las herramientas que proporciona el Derecho, y, en particular, el Derecho penal internacional. Sin embargo, en la propuesta no se argumenta sobre la consideración del terrorismo como crimen internacional, y, por tanto, susceptible de ser (potencialmente) competencia de algún tribunal penal internacional (ya sea en la CPI o de forma separada). Esto simplemente, se da por hecho.

Expuestas ya las dificultades que encontraron los intentos de inclusión del terrorismo en el ámbito competencial de la CPI (tanto en la Conferencia de Roma de 1998 como en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de Kampala de 2010), así como la imposibilidad de llegar a una definición consensuada en un tratado internacional, entiendo que una propuesta de las características descritas, además de innecesaria por no existir generalmente una falta de perseguibilidad del terrorismo, es ciertamente improbable de materializar. Al menos, como se ha planteado la propuesta de tribunal, que ya he señalado que funcionaría como una instancia complementaria a los sistemas estatales y a la CPI⁶⁴².

Al igual que algunos Estados, también cierta doctrina es partidaria de la introducción del terrorismo internacional en el ámbito competencial del Estatuto de Roma, al considerar estos autores que el terrorismo es, a todas luces, un crimen internacional que afecta a la comunidad internacional en su conjunto. Así, por ejemplo, VACAS FERNÁNDEZ señala que no cabe ninguna duda de la naturaleza jurídica del terrorismo como crimen internacional: por suponer una violación grave de los derechos

⁶⁴¹ AURESCU/GALEA, *Revista de Drept Constitutional*, N°1, 2015, pág. 115.

⁶⁴² En este sentido, señala BOISTER, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 12, N°3, 2009, págs. 363-364, que una jurisdicción internacional configurada como la proyectada en 1937 sería la opción más viable y útil en la actualidad para el terrorismo (y para otros tipos de delincuencia transnacional). El uso del modelo de la CPI de 1937 permitiría a los Estados remitir al tribunal asuntos muy delicados que el Estado en cuestión preferiría no tratar por sí mismo, poniendo cierta distancia política entre ellos y la responsabilidad de la sentencia. Un tribunal basado en el modelo de la CPI de 1937 podría activarse a demanda de los Estados para desbloquear situaciones, preservando al mismo tiempo un juicio justo y ofreciendo una capacidad logística superior a la disponible a escala de algunos Estados. Los Estados grandes no están interesados generalmente en nuevos crímenes internacionales, pero pueden estar dispuestos a apoyar un mecanismo procesal internacional, por lo que una institución como la descrita en 1937 superaría muchos de los obstáculos a los que se enfrenta la extensión de la jurisdicción de la CPI.

humanos más esenciales; porque ataca a las instituciones, a los sistemas de gobierno establecidos y a los Estados mismos; y, en fin, porque constituye una de las amenazas más graves contra la paz y seguridad internacionales⁶⁴³. Por su parte, BUENO ARÚS aboga por esta misma consideración del terrorismo como crimen internacional, porque su internacionalidad está patente en la banda que lo comete, en la pluralidad de Estados entre los que se hallan dispersos los elementos integrantes de los delitos cometidos, en la pluralidad de Estados firmantes de los convenios internacionales [en la materia], en la naturaleza y variedad de los bienes jurídicos atacados y en la dispersión de los efectos del delito; y aún dice más, que el terrorismo es precisamente el más internacional de los delitos internacionales⁶⁴⁴, por lo que debería incluirse en el Estatuto de Roma como crimen autónomo⁶⁴⁵. Otros, añaden que el terrorismo, para algunos Estados, es una criminalidad difícil de perseguir⁶⁴⁶.

Ni las opiniones expresadas por algunos Estados ni por alguna doctrina pueden compartirse aquí. Aunque los ataques terroristas han sido calificados, como ya he tenido ocasión de exponer arriba, como graves amenazas para la paz y seguridad internacionales, el terrorismo no cumple desde mi punto de vista los requerimientos necesarios para ser calificado como un crimen contra el Derecho internacional (y, en consecuencia, para ser incluido en la competencia de la CPI). La razón de ser del Derecho penal internacional radica en la importancia que estos crímenes tienen para la sociedad mundial en su conjunto (por la afectación que a la Humanidad misma representan), y, por otro lado, por la general impunidad que estos actos han presentado a lo largo de la Historia reciente, a pesar de su extrema gravedad.

Hay que poner de manifiesto que la violencia ejercida por organizaciones o grupos terroristas es una forma grave de violencia una finalidad política, para la que, generalmente, no existe una falta de persecución por parte de las autoridades estatales. Así, no se trata de conductas en las que se produzca una especial impunidad como sí ocurre con los delitos caracterizados por provenir precisamente del Estado (o de fuerzas que actúan como un Estado). Muy al contrario, cada vez son subsumidas más y más

⁶⁴³ VACAS FERNÁNDEZ, *El terrorismo*, 2011, págs. 207-212.

⁶⁴⁴ BUENO ARÚS, *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, 2009, págs. 79 y 70.

⁶⁴⁵ BUENO ARÚS, *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, 2009, pág. 71. De la misma opinión: PUENTE EGIDO, recensión de: "QUESADA ALCALÁ, La Corte Penal Internacional y la Soberanía estatal, 2005", *Ius et Praxis*, N°12 (2), 2006, pág. 411; OLÁSULO ALONSO/PÉREZ CEPEDA, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, 2008, págs. 172 y ss., para el terrorismo internacional.

⁶⁴⁶ AURESCU/GALEA, *Revista de Drept Constitutional*, N°1, 2015, pág. 114.

situaciones en el incierto término de terrorismo⁶⁴⁷. No debe olvidarse que una de las notas más características de la actuación de la CPI es la complementariedad, es decir, que solo acciona sus mecanismos cuando un Estado no persiga o no pueda perseguir hechos que constituyan crímenes bajo su competencia. Dicho esto, la CPI raramente atendería crímenes de terrorismo, al ser estos perseguidos de forma muy exhaustiva por los Estados.

Por otro lado, existe otra posibilidad respecto a determinados crímenes muy graves de terrorismo: atendiendo al caso concreto y teniendo en cuenta el contexto de su perpetración, ciertos actos muy graves podrían calificarse como crímenes de lesa humanidad; o, si se dieran en el contexto de un conflicto armado, como crímenes de guerra⁶⁴⁸. Ya se ha señalado anteriormente, al tratar la cuestión del terrorismo en supuestos de conflicto armado, que este sí se encuentra prohibido por las normas de DIH, cuya vulneración podría desembocar en la apreciación de crímenes de guerra⁶⁴⁹. Fuera de ese contexto, es decir, en tiempos de paz, no cabe la criminalización internacional de actos de terrorismo, salvo que fueran subsumibles en la categoría de la lesa humanidad. La CPI ya se ha enfrentado a supuestos de este tipo, por ejemplo, con algunos crímenes de guerra cometidos en Mali por miembros de la organización Ansar Dine relacionada con Al-

⁶⁴⁷ De esta opinión: ZÖLLER, en: ODENDAHL (Ed.), *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, pág. 170; WERLE/JESSBERGER, *Tratado*, 2017, pág. 86; SCHABAS, *An introduction*, 2017, pág. 76; ALDAVE ORZAIZ, *La guerra global contra el terrorismo*, 2018, págs. 200-201 y 211.

⁶⁴⁸ De esta opinión: GASSER, *IRRC*, Vol.84, N°847, 2002, pág. 556; ARNOLD, *ZaöRV*, N°64, 2004, págs. 999-1000; ZAFFARONI, *El enemigo*, 2006, pág. 162; OLÁSULO ALONSO/PÉREZ CEPEDA, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, 2008, págs. 178 y ss.; ZÖLLER, *Terrorismusstrafrecht*, 2009, págs. 273-277, 694 y 711; MENDOZA CALDERÓN, en: PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, págs. 59-60; WERLE/JESSBERGER, *Tratado*, 2017, pág. 112; STEIGER, en: ODENDAHL, *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, pág. 59. Al hilo de esto, aunque a nivel nacional, cabe mencionar el intento de una asociación de víctimas del terrorismo en España que interesó la condena como responsables de delitos de lesa humanidad y de genocidio a varios dirigentes de ETA. El Auto de la AN 410/2015, de 24 de septiembre, desestimó la querrela. Primeramente, la AN rechazó la calificación jurídica de genocidio, pues ese delito castiga los actos encaminados a destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Señala el Auto que “no es posible identificar el grupo formado por las víctimas de los hechos perpetrados por ETA como grupo nacional o como parte de un grupo nacional”. Y en cuanto a los delitos de lesa humanidad, además, los querellantes pretendían que se tuvieran en cuenta acciones cometidas con anterioridad al 1 de octubre de 2004, fecha de entrada en vigor de la LO 15/2003 que introducía el art. 607 bis CP. Como justificación de esta aplicación retroactiva invocaban los tratados internacionales en la materia de los que es parte España. La AN rechazó esta pretensión señalando que “con anterioridad a dicha fecha [1 de octubre de 2004] no existía en el CP ninguna norma que impusiera penas a las conductas que suponen un ataque sistemático contra una parte de la población civil”. Sobre los peligros de tratar la violencia de ETA como crímenes contra la humanidad: LANDA GOROSTIZA, *RECPC*, N°12-10, 2010, págs. 1-30.

⁶⁴⁹ Ver *supra*: *Excurso: La “Guerra contra el terrorismo”: ¿son legítimas las medidas militares contra el terrorismo? Algunas consideraciones en relación con el Derecho Internacional Humanitario*, y, concretamente, las n.p. 538 y 593.

Qaeda⁶⁵⁰, o en Nigeria por presuntos crímenes internacionales cometidos por Boko Haram⁶⁵¹. En relación con el supuesto del Estado Islámico⁶⁵², se ha tenido conocimiento de que sus miembros podrían ser responsables de los crímenes de guerra de asesinato, ejecución sin el debido proceso, mutilación, desaparición forzada, tortura, trato cruel, toma de rehenes, violación, embarazos forzados, utilización y reclutamiento de niños en las hostilidades, el desplazamiento forzoso de civiles, así como otras violaciones graves del DIH⁶⁵³. También, la comunidad yazidí ha sido fuertemente perseguida por DAESH, lo que se ha interpretado como un posible genocidio⁶⁵⁴. La Fiscal de la CPI declaró en 2015 que, teniendo en cuenta que Siria e Irak no son Estados parte del Estatuto de Roma y que la mayoría de las actividades de la organización se han desarrollado en dichos territorios, la CPI carece de competencia territorial para conocer de los crímenes que

⁶⁵⁰ En julio de 2012 el gobierno de Mali envió una carta a la Fiscalía de la CPI informando de la crítica situación en el norte del país, sobre la que había perdido el control en el contexto de la guerra de Mali. Esta es la primera vez en la que la CPI ha actuado a petición de un Estado miembro directamente afectado en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. Como ya se ha expuesto, la CPI es complementaria de las jurisdicciones internas y solo conocerá de los casos si el Estado con jurisdicción no quiere o no puede llevar a cabo seriamente la investigación o el enjuiciamiento. El gobierno maliense declaró que sus autoridades judiciales no estaban en condiciones de hacerlo. La CPI abrió una investigación y el 27 de septiembre de 2016 se dictó la primera sentencia condenatoria en el caso. El condenado es Ahmad Al-Faqi Al-Mahdi, un exmiembro de la organización yihadista salafista Ansar Dine, activa durante la guerra de Malí e incluida en la Lista de Sanciones de la ONU a partir del 20 de marzo de 2013, como entidad asociada con Al-Qaeda por su “participación en la financiación, planificación, facilitación, preparación o comisión de actos o actividades ejecutados por” la Organización de Al-Qaeda en el Magreb Islámico y el Movimiento para la Unidad y la Yihad en África Occidental (MUYAO). El condenado participó en el saqueo de monumentos históricos y religiosos en Tombuctú en 2012 y se le imputaron crímenes de guerra. Fue condenado a nueve años de prisión. Es la primera persona juzgada ante la CPI por destrucción de patrimonio histórico y cultural, y también la primera persona en declararse culpable ante la Corte Penal de la Haya.

Otro caso, esta vez, todavía en curso, es el de Al-Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud. Es un ciudadano maliense que presuntamente se unió a Ansar Dine a principios de 2012 y se convirtió en intérprete y administrador de la Policía Islámica en Tombuctú durante el conflicto del norte de Malí. Desde septiembre de 2019, se encuentra bajo custodia de la CPI, acusado de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra llevados a cabo durante 2012 y 2013, incluyendo violación y sometimiento a esclavitud sexual (art. 8.2 (e)(vi) Estatuto de Roma).

Más información sobre los casos: <https://www.icc-cpi.int/mali> (último acceso 19/03/2023).

⁶⁵¹ La Fiscalía de la CPI abrió en 2010 una investigación preliminar sobre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el contexto del conflicto nigeriano. La investigación preliminar se ha centrado en los presuntos crímenes cometidos por Boko Haram desde julio de 2009 y por las fuerzas de seguridad nigerianas desde el comienzo del conflicto armado no internacional entre las fuerzas de seguridad nigerianas y Boko Haram desde junio de 2011. El 11 de diciembre de 2020, la Fiscal de la CPI anunció la finalización de su investigación preliminar, concluyendo que existía una base razonable para creer que se habían cometido crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Más información: <https://www.icc-cpi.int/nigeria> (último acceso 19/03/2023).

⁶⁵² Ampliamente: IRIGOYEN CHÁVEZ, en: GUTIÉRREZ ESPADA (Dir.)/CERVELL HORTAL (Coord.), *El Estado Islámico (DAESH): ¿aprenderemos la lección?*, 2018, págs. 301-338.

⁶⁵³ Eurojust, “Cumulative prosecution of foreign terrorist fighters for core international crimes and terrorism-related offences”, 2020, págs. 12-13.

⁶⁵⁴ Informe de la Oficina del ACNUDH, A/HRC/28/18, de 27 de marzo de 2015, párr. 17-20, 35-36, 41, 45 y 76; Eurojust, “Cumulative prosecution of foreign terrorist fighters for core international crimes and terrorism-related offences”, 2020, pág. 15.

hubiese cometido⁶⁵⁵. Por otro lado, el art. 12.2 b) del Estatuto de Roma dispone que la CPI también podrá tener competencia si el acusado es nacional de un Estado parte del Estatuto de Roma. Esta posibilidad podría ser relevante en el supuesto del Estado Islámico, pues, como ya se ha señalado, es una organización que se caracteriza por haber atraído un enorme número de personas de otras nacionalidades a los territorios de Siria o Irak, personas que podrían ser nacionales de Estados que sí son parte del Estatuto de Roma. Teniendo presente siempre, que la CPI se rige por el principio de complementariedad⁶⁵⁶. También cabría la posibilidad de que los crímenes fueran remitidos por el Consejo de Seguridad a la CPI. Así lo han solicitado el ACNUDH⁶⁵⁷ y la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria del Consejo de Derechos Humanos⁶⁵⁸ en repetidas ocasiones, lo que, dado el ambiente político en el seno del Consejo de Seguridad, parece más que improbable⁶⁵⁹. Teniendo en cuenta todas las dificultades puestas de manifiesto, la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria⁶⁶⁰ y alguna doctrina⁶⁶¹ abogan por la constitución de un Tribunal *ad hoc* para juzgar los crímenes del Estado Islámico como una posible vía de solución.

1.1. La costumbre internacional y el terrorismo: el Tribunal Especial para el Líbano

Por último, debe hacerse referencia a otro intento de conceptualización en la esfera internacional, que, de aceptarse, tendría implicaciones significativas de otra índole, pues supondría la aceptación del terrorismo internacional como crimen internacional.

⁶⁵⁵ CPI, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the alleged crimes committed by ISIS, de 8 de abril de 2015.

⁶⁵⁶ En el caso de los Estados europeos, por ejemplo, las personas retornadas podrían ser juzgadas por crímenes internacionales (y de terrorismo) en virtud de la legislación nacional, por el principio de nacionalidad. Si las personas no son nacionales, en virtud del principio de justicia universal. Lo pone de manifiesto: Eurojust, “Cumulative prosecution of foreign terrorist fighters for core international crimes and terrorism-related offences”, 2020, pág. 16. En las páginas siguientes (16-24), realiza un resumen de casos judiciales de los Estados miembros en los que se ha condenado a miembros de DAESH por crímenes internacionales.

⁶⁵⁷ Informe de la Oficina del ACNUDH, A/HRC/28/18, de 27 de marzo de 2015.

⁶⁵⁸ Entre otras: A/HRC/35/15, de 15 de mayo de 2017, párr. 8.

⁶⁵⁹ Sobre ello: IRIGOYEN CHÁVEZ, en: GUTIÉRREZ ESPADA (Dir.)/CERVELL HORTAL (Coord.), *El Estado Islámico (DAESH): ¿aprenderemos la lección?*, 2018, págs. 317-326.

⁶⁶⁰ Entre otras: A/HRC/35/15, de 15 de mayo de 2017, párr. 8.

⁶⁶¹ IRIGOYEN CHÁVEZ, en: GUTIÉRREZ ESPADA (Dir.)/CERVELL HORTAL (Coord.), *El Estado Islámico (DAESH): ¿aprenderemos la lección?*, 2018, págs. 331-337.

El TEL es una instancia judicial especial con sede en La Haya establecida por la Resolución 1757 (2007) del Consejo de Seguridad, de 30 de mayo de 2007. De conformidad con el art. 1 de su Estatuto, tiene competencia para enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro del Líbano, Rafiq Hariri, y provocó la muerte de otras 21 personas y lesiones a 226⁶⁶².

Este órgano judicial especial está formado por jueces internacionales y libaneses, pero su peculiaridad con respecto de otros tribunales penales internacionales o híbridos⁶⁶³, de acuerdo con su art. 2, es que tiene competencia para enjuiciar los delitos tipificados en el derecho interno libanés, entre los que se encuentra el delito de terrorismo (art. 2 a) de su Estatuto).

Después de una larga investigación finalizada en 2011, comenzó en 2014 el juicio contra cuatro miembros de Hezbollah de nacionalidad libanesa, celebrado *in absentia* de los acusados. El 18 de agosto de 2020 se dictó sentencia (STL-11-01/T/TC), que absolvió a tres de los acusados por falta de pruebas, y declaró culpable únicamente a uno de ellos, de los siguientes delitos: conspiración para cometer acto terrorista; comisión de acto terrorista; homicidio con premeditación del ex primer ministro utilizando explosivos; homicidio de 21 personas; y homicidio en grado de tentativa de las 226 personas que resultaron heridas.

A efectos de este trabajo es significativa una de las decisiones del TEL, la interlocutoria de 16 de febrero de 2011 STL-11-01/I, pues en ella sostuvo la existencia de una definición internacional generalmente aceptada de terrorismo, al señalar que una serie de tratados, resoluciones de la ONU y la práctica judicial y legislativa de los Estados indican que ha surgido una norma consuetudinaria de Derecho internacional sobre el

⁶⁶² Añade el Estatuto que, si el TEL determina que otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005, o cualquier otra fecha posterior que decidan las Partes con consentimiento del Consejo de Seguridad, están conectados conforme a los principios de la justicia penal al atentado del 14 de febrero de 2005 y son de naturaleza y gravedad similares, también será competente para enjuiciar a los responsables de dichos ataques. Esa conexión podrá consistir, entre otras cosas, en una combinación de los siguientes elementos: intención de delinquir y finalidad de los ataques, naturaleza de las víctimas, patrón de los ataques (*modus operandi*) y autores.

⁶⁶³ Los distintos Tribunales penales internacionales pueden clasificarse de la siguiente forma: como tribunales internacionales *ad hoc*, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda; como tribunal penal permanente y con vocación de universalidad, la CPI; y, como tribunales penales internacionales híbridos o mixtos (los componen jueces internacionales y nacionales y tienen doble competencia, es decir, pueden enjuiciar delitos internamente recogidos o crímenes internacionales), el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas especiales en los Tribunales nacionales de Camboya, las Salas de delitos graves de Timor Oriental, los Tribunales de Kosovo y el propio TEL.

crimen de terrorismo. Según el TEL, los tres elementos que conformarían el crimen internacional de terrorismo serían: en primer lugar, la comisión de un delito o la amenaza de cometerlo; en segundo lugar, la intención de extender temor entre la población o coaccionar, directa o indirectamente a una autoridad nacional o internacional para ejecutar alguna acción o abstenerse de ejecutarla; y, por último, la existencia de un elemento transnacional.

La falta de definición es prácticamente incontestada por la doctrina, si bien es cierto que algunas voces se han alzado arguyendo la existencia de esta en el Derecho internacional. En este sentido, CASSESE mantiene que, al contrario de lo que muchos piensan, existe una definición general aceptada de terrorismo como crimen internacional en tiempo de paz, la cual se ha gestado en la comunidad internacional con la naturaleza de costumbre internacional⁶⁶⁴. Cabe señalar el hecho de que CASSESE ostentaba la presidencia del TEL en el momento de dictar la decisión mencionada, por lo que esta construcción jurídica no sólo la plasmó en trabajos doctrinales, sino que la misma fue incluida también en la decisión STL-11-01/I.

Esta decisión recibió un aluvión de críticas por parte de la doctrina⁶⁶⁵. En este sentido, señala AMBOS que, aunque es difícil no estar de acuerdo con el TEL respecto de la existencia de una costumbre internacional que proscriba el terrorismo y que imponga obligaciones a los Estados en relación con su persecución y represión, no puede deducirse de ella, sin más, la existencia de un crimen internacional de terrorismo⁶⁶⁶.

IV. La Unión Europea ante el terrorismo

Los aspectos relacionados con el Derecho penal se han incardinado en la UE en lo que se conoce como el “espacio de libertad, seguridad y justicia”. Este término aparece plasmado por vez primera en el Tratado de Ámsterdam de 1997, que incorporó expresamente entre los objetivos a perseguir por la UE el de “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, en el que la libre circulación de personas esté garantizada juntamente con (...) la prevención y lucha contra la delincuencia”. Sin embargo, el objetivo en sí, aunque sin estar expresamente así

⁶⁶⁴ CASSESE, *JICJ*, N°4, 2006, págs. 933-958.

⁶⁶⁵ KIRSCH/OEHMICHEN, *ZIS*, N°10, 2011, 800-810; AMBOS, *Leiden Journal of International Law*, N°24, 2011, pág. 673; WERLE/JESSBERGER, *Tratado*, 2017, págs. 110-112; SAUL, en: BOISTER/CURRIE, *Handbook of Transnational Criminal Law*, 2015, pág. 406.

⁶⁶⁶ AMBOS, *Leiden Journal of International Law*, N°24, 2011, pág. 665.

recogido, se remonta al Tratado de Maastricht de 1992 y a su “sistema de pilares”, que instauró una cooperación de corte intergubernamental “en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior”.

Este “espacio de libertad, seguridad y justicia” se altera con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, pues este suprime el “sistema de pilares” y los asuntos sobre seguridad y justicia se colocan en el mismo plano que el resto de las políticas de la UE, es decir, pasan a ser competencias atribuidas por los Estados a la organización. Es en el Título V del TFUE donde se encuentran las previsiones normativas relativas a este “espacio”. El art. 67.3 compromete a la UE para garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales. Y, concretamente, es el art. 83 el que faculta al Parlamento y al Consejo para establecer, mediante directivas, *las normas mínimas* relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Los ámbitos a los que se refiere esta armonización penal los enumera seguidamente, mencionando: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada (y admite a renglón seguido el carácter *numerus apertus* de esta lista). La referencia que realiza el precepto a la fijación de *las normas mínimas* significa que los Estados podrán ir más allá que las directivas en su tipificación penal interna.

Así, propiamente no puede hablarse de un Derecho penal de la UE⁶⁶⁷, por lo que esta designación, como señala AMBOS, es una suerte de “término paraguas” (“*umbrella term*”) que acoge aquellas normas y prácticas comunitarias que conducen a la armonización de las normas penales y procesales penales de los Estados miembros⁶⁶⁸,

⁶⁶⁷ ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5ª ed., 2020, pág. 196.

⁶⁶⁸ AMBOS, *European Criminal Law*, 2018, pág. 14. Sobre los orígenes de este Derecho y su regulación actual, ver, en la misma obra, págs. 1-75.

proceso que algunos autores han identificado como la “europeización del Derecho penal” (“*Europäisierung des Strafrechts*”)⁶⁶⁹.

En cuanto al terrorismo, fue después de los atentados terroristas del 11-S cuando se produjo en el seno de la UE la aprobación de las primeras normas en la materia. Debo centrarme en el impacto que el acervo comunitario antiterrorista tiene en las legislación penal de los Estados miembros, sobre todo en lo que se refiere a la definición, sin embargo, cabe mencionar que las medidas impulsadas por la UE abarcan otros aspectos, entre los que destacan: la mención del terrorismo en el art. 43.1 TUE⁶⁷⁰, que faculta a la UE para disponer de medios civiles o militares en determinadas misiones en el exterior, pudiendo ser el objetivo de alguna de ellas la lucha contra el terrorismo; los instrumentos centrados en la asistencia policial y judicial entre los Estados miembros (por ejemplo, Europol o Eurojust) o la orden de detención y entrega europea (DM 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002); la Estrategia de la UE de lucha contra el terrorismo⁶⁷¹; la Lista de personas, grupos y entidades implicados en actos terroristas y sujetos a medidas restrictivas⁶⁷²; la Directiva PNR⁶⁷³; las medidas extrapenales en relación con los

⁶⁶⁹ VERVAELE, *Revista Penal*, N°15, 2005, págs. 169-183; SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2008, pág. 126; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5ª ed., 2020, págs. 6, 196 y ss.

⁶⁷⁰ “Las misiones contempladas en el art. 42.1 [misiones fuera de la UE que tengan por objetivo garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional] en las que la UE podrá recurrir a medios civiles y militares, abarcarán las actuaciones conjuntas en materia de desarme, las misiones humanitarias y de rescate, las misiones de asesoramiento y asistencia en cuestiones militares, las misiones de prevención de conflictos y de mantenimiento de la paz, las misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz y las operaciones de estabilización al término de los conflictos. Todas estas misiones podrán contribuir a la lucha contra el terrorismo, entre otras cosas mediante el apoyo prestado a terceros países para combatirlo en su territorio”.

⁶⁷¹ Los atentados de Madrid (2004) y de Londres (2005), agravaron la preocupación por la amenaza del terrorismo internacional en el territorio de la UE, por lo que el 30 de noviembre de 2005 se aprobó la llamada Estrategia de la UE de Lucha contra el Terrorismo, estructurada en torno a cuatro principios: *prevención, protección, persecución y reacción*.

⁶⁷² Como parte de su respuesta frente a los atentados del 11-S, en diciembre de 2001 la UE estableció una “Lista de personas, grupos y entidades implicados en actos terroristas y sujetos a medidas restrictivas”. Estas medidas, fijadas en la Posición Común 2001/931/PESC, fueron medidas adicionales adoptadas con el fin de aplicar la Resolución 1373 (2001), relacionadas con la congelación de capitales y activos financieros y con la cooperación policial y judicial en materia de terrorismo. La Posición Común establece los criterios para incluir a personas, grupos y entidades en la Lista (que podrán ser tanto de dentro como de fuera de la UE), que será revisada periódicamente y al menos cada seis meses. La Lista se elabora a partir de información precisa de una autoridad judicial o equivalente competente, que haya tomado una decisión con respecto a la persona, grupo o entidad en cuestión. Esta decisión puede consistir en el inicio de una investigación, en un enjuiciamiento por un acto terrorista, en una tentativa, en una colaboración o en una condena. También pueden incluirse en la Lista a las personas, grupos y entidades que el Consejo de Seguridad haya considerado relacionados con el terrorismo y contra los que haya dictado sanciones.

⁶⁷³ El PNR o registro de nombres de los pasajeros es la relación de los requisitos de viaje impuestos a cada pasajero, que incluye toda la información necesaria para el tratamiento y el control de las reservas por parte de las compañías aéreas que las realizan. La idea de crear un registro de estas características surgió tras los atentados del 11-S. Estados Unidos crearon uno y llegaron a un acuerdo con la UE que habilitaba

el acceso por parte del Departamento de Seguridad Interior norteamericano a datos de pasajeros contenidos en los sistemas de las aerolíneas europeas que operaban en rutas con destino a Estados Unidos, o, incluso en determinados casos, que simplemente atravesaban su territorio.

El 6 de noviembre de 2007, la Comisión adoptó una propuesta de DM sobre utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros con fines policiales. No obstante, al entrar en vigor el Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, la propuesta de la Comisión, que en esta fecha todavía no había sido aprobada por el Consejo, quedó obsoleta. En 2011 se lanzó una nueva propuesta, esta vez de Directiva y cuyo objetivo era la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y la delincuencia grave, que en 2013 fue rechazada por la Comisión LIBE del Parlamento Europeo (Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior). Desde el surgimiento de la iniciativa, esta fue muy criticada desde varios frentes, tales como el Supervisor Europeo de Protección de Datos o el Grupo de Trabajo del Art. 29 (órgano consultivo independiente sustituido en 2018 por el Comité Europeo de Protección de Datos), por su falta de proporcionalidad y por la escasa justificación de su necesidad, así como por su impacto en los derechos fundamentales, por entender que vulneraba el derecho a la protección de datos. A partir de ese momento, la propuesta de Directiva dejó de ser una prioridad, quedando aparcada hasta 2015, momento en el que recobró importancia debido a los sucesivos atentados terroristas en suelo europeo que se fueron sucediendo desde el perpetrado en enero contra el semanario Charlie Hebdo en París. Así, el 11 de febrero de 2015, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución 2015/2530 (RSP) sobre las Medidas de la Lucha contra el Terrorismo, en la que dictaminó que el Parlamento “se compromete a trabajar en pro de la finalización de una Directiva sobre PNR antes de finales de año”. Concretamente, fue tras el atentado en la sala Bataclán el 13 de noviembre de 2015 cuando la Comisión LIBE, que anteriormente había frenado la aprobación de la Directiva, permitió la conclusión de un acuerdo entre el Parlamento y el Consejo.

El pleno del Parlamento Europeo adoptó su propuesta el 14 de abril de 2016, solicitando al Consejo la aprobación inmediata de la Directiva, lo que tuvo lugar el 27 de abril de 2016. Parece que la Directiva, en comparación con las propuestas, contiene más salvaguardas para los derechos fundamentales y con el principio de proporcionalidad. Sin embargo, sigue siendo una norma de carácter meramente preventivo, aunque en sus fines se hayan querido incluir la “detección, investigación y enjuiciamiento” de los delitos de terrorismo o de la delincuencia grave, pues se trata de un almacenamiento y tratamiento de datos totalmente indiscriminado. Como señalan DE HERT/PAPAKONSTANTINO, *New Journal of European Criminal Law*, N°6 (2), 2015, pág. 163, el problema fundamental de la norma no es necesariamente la inclusión de personas en “listas negras”, sino la elaboración de perfiles, pues una herramienta de vigilancia masiva como el sistema PNR afecta inevitablemente a la presunción de inocencia.

Los datos PNR que deben recopilarse por las compañías aéreas se enumeran en el Anexo I de la Directiva, y serán conservados en bases de datos durante un periodo de cinco años. Cuando transcurran los seis primeros meses desde la transmisión de los datos PNR por las compañías aéreas, éstos deberán ser despersonalizados mediante enmascaramiento, de forma que no sea posible identificar directamente al pasajero al que se refieren los datos (aunque esta despersonalización es reversible). Parece que, aunque enmascarados, la conservación de datos por cinco años es desproporcionada. Existió una norma europea en 2006 (la Directiva 2006/24/CE) cuyo objetivo era la conservación generalizada de datos de telecomunicaciones, la cual fue declarada contraria a la CDFUE por el TJUE (Asuntos C-293/12 y C-594/12), que, entre otros pronunciamientos, consideró desproporcionado que los datos se almacenasen por un periodo mínimo de seis meses.

No está permitida la recogida de datos sensibles, tales como la raza o etnia, las opiniones políticas, la religión, la salud o la orientación sexual. En el caso de que la unidad encargada del almacenamiento de los datos reciba datos de esta naturaleza, deberá borrarlos de forma inmediata.

Una de las justificaciones más destacadas sobre la necesidad de esta norma reside en el control del transporte aéreo, dado el flujo de combatientes terroristas extranjeros, y el temor generalizado que existe a que estos retornen a sus países de origen o residencia en Europa después de haberse formado en escenarios de conflicto en los que están presentes organizaciones terroristas, como es el caso de Siria e Irak. No obstante, esta justificación no encuentra una conexión directa con la realidad, pues la mayoría de los atentados en territorio de la UE que han tenido lugar en los últimos años no han sido cometidos por personas que se hayan entrenado en terceros países o que hayan viajado desde ellos para perpetrar sus atentados, sino que se trataba de sujetos nacionales o residentes en Estados miembros de la UE. Generalmente, además, los terroristas utilizan otro tipo de transportes distintos al avión y cruzan fronteras terrestres, por lo que una recogida general de todos los datos de todos los pasajeros que entren o salgan de la UE (o viajen dentro de ella si así lo prevé el Estado desde el que se vuele o en el que se aterrice) puede tener una utilidad anecdótica a la hora de frenar la comisión de delitos de terrorismo y sí suponer un elevado coste en materia de derechos fundamentales.

combatientes terroristas extranjeros⁶⁷⁴; medidas para luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo⁶⁷⁵; medidas para combatir la difusión de contenidos terroristas en línea, a través del Reglamento (UE) 2021/784, de 29 de abril de

No puede olvidarse que la Directiva no solo está dirigida a la investigación, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, sino que su objetivo también es la delincuencia grave. A efectos de la Directiva, se considera delincuencia grave los delitos previstos en el Anexo II que lleven aparejada una pena de prisión máxima no inferior a tres años con arreglo al derecho penal interno de cada Estado. Señala GALÁN MUÑOZ, en: COLOMER HERNÁNDEZ (Dir.)/OUBIÑA BARBOLLA/CATALINA BENAVENTE (Coord.), *Cesión de datos*, 2017, pág. 114, que este límite, atendiendo a la espiral punitivista que atraviesan los ordenamientos jurídicos actuales, no parece que represente restricción alguna a la hora de delimitar los delitos que por su gravedad podrían legitimar que se utilicen los sistemas PNR, ya que no parece que tan escasa pena haga realmente que las conductas para las que se prevea representen realmente la gravedad social que permitiría considerar justificada y proporcionada la general y preventiva restricción de derechos fundamentales que el uso de dichos sistemas representará. Como se observa en el Anexo II, se recogen delitos de lo más variopinto y de muy diversa gravedad.

España transpuso la Directiva PNR en 2020 mediante la LO 1/2020, de 16 de septiembre, sobre la utilización de los datos del Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves.

⁶⁷⁴ Desde comienzos de 2013, las cuestiones de la radicalización y de los combatientes extranjeros vienen apareciendo asiduamente en el orden del día del Consejo de la UE y del Consejo Europeo, por lo que ambas instituciones elaboraron una respuesta que comprende líneas de actuación tanto internas como externas (éstas últimas, particularmente para Siria e Irak, a través de la Estrategia regional de la UE para Siria e Irak, así como en relación con la amenaza que representa Daesh, de 16 de marzo de 2015).

⁶⁷⁵ El art. 75 TFUE señala que, “en lo que se refiere a la prevención y lucha contra el terrorismo y las actividades con él relacionadas, la UE podrá, mediante reglamentos, aprobar un marco de medidas administrativas sobre movimiento de capitales y pagos, tales como la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios económicos cuya propiedad, posesión o tenencia ostenten personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales”. Por otro lado, desde hace años se viene desarrollando en el ámbito internacional una regulación común para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (aunque la regulación conjunta es cuestionada por importante doctrina). Esto puede observarse en las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, en las Directivas europeas en la materia (2018/843, 2017/541 y 2015/849) y en el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo de 2005. Así, el tratamiento común de ambos fenómenos delictivos no emana de la Convención Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999, que se ocupa de la problemática de forma autónoma, como también lo hacen importantes Resoluciones del Consejo de Seguridad, como la 1368 (2001), la 1373 (2001) o la 2178 (2014). En el ámbito de la UE, la Directiva 2015/849 (modificada por la 2018/843) establece normas comunes relativas a la prevención de la utilización del sistema financiero de la UE para el blanqueo de capitales o para la financiación del terrorismo, no obstante, es el art. 11 de la Directiva 2017/541 el que impone a los Estados de la UE la tipificación como delito de la financiación del terrorismo en sus legislaciones nacionales.

2021, de reciente aprobación⁶⁷⁶; o medidas en relación con los visados⁶⁷⁷ y el control de fronteras⁶⁷⁸.

Descendiendo ya al ámbito penal, el 21 de septiembre de 2001, recién sucedidos los atentados del 11-S, el Consejo Europeo, en sesión extraordinaria, emitió un Plan de Acción en materia de terrorismo. Pocos meses más tarde, la UE aprobó la DM 2002/475/JAI, de 13 de junio (el mismo día que también aprobó la orden de detención y

⁶⁷⁶ De acuerdo con su art. 1, el Reglamento establece pautas uniformes con el fin de luchar contra el uso indebido de los servicios de alojamiento de datos para la difusión entre el público de contenidos terroristas en línea, yendo dirigido a los prestadores de servicios de alojamiento de datos que ofrecen servicios en la UE, en la medida en que difundan información entre el público.

⁶⁷⁷ El *Schengen Information System* es el sistema de intercambio de información para la seguridad y la gestión de fronteras en la UE. El sistema ayuda a las autoridades a preservar la seguridad interior en ausencia de controles en las fronteras interiores a través de tres ámbitos de cooperación: 1) Cooperación en el control de fronteras: el SIS permite a los guardias fronterizos, así como a las autoridades de expedición de visados y de migración, introducir y consultar descripciones de nacionales de terceros países con el fin de denegar su entrada o estancia en el espacio Schengen; 2) Cooperación policial: el SIS apoya la cooperación policial y judicial permitiendo a las autoridades competentes crear y consultar descripciones de personas desaparecidas y de personas u objetos relacionados con delitos. El SIS permite a las autoridades nacionales competentes, como la policía y la guardia de fronteras, introducir y consultar descripciones sobre personas u objetos; 3) Cooperación en materia de matriculación de vehículos: los servicios de matriculación de vehículos pueden consultar el SIS para comprobar la situación legal de los vehículos.

En noviembre de 2018 se aprobaron los Reglamentos (UE) 2018/1860, 2018/1861 y 2018/1862, con nuevas funcionalidades para el SIS, a implementarse en varias etapas. Estas nuevas funcionalidades incluyen: 1) Intercambio de información: se compartirán nuevas categorías de descripciones y más datos a través del SIS, garantizando que las autoridades de los Estados miembros dispongan de información completa y más fiable; 2) Biometría: el SIS contendrá impresiones de la palma de la mano, huellas dactilares, imágenes faciales y ADN relativos, por ejemplo, a personas desaparecidas para confirmar su identidad. 3) Lucha contra el terrorismo: se compartirá más información sobre personas y objetos implicados en actividades relacionadas con el terrorismo, lo que permitirá a las autoridades de los Estados miembros perseguir y prevenir mejor los delitos graves y el terrorismo. 4) Personas vulnerables: las autoridades competentes tendrán la posibilidad de introducir descripciones preventivas en el sistema para proteger a determinadas categorías de personas vulnerables (personas desaparecidas, niños en riesgo de secuestro o posibles víctimas de trata de seres humanos o de violencia de género). 5) Migración irregular: las decisiones de retorno y las prohibiciones de entrada formarán parte de la información compartida en el sistema para mejorar su aplicación efectiva. 6) Mayor acceso para las agencias de la UE: Europol tendrá acceso a todas las categorías de alerta del SIS, mientras que los equipos operativos de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas podrán acceder al SIS para llevar a cabo sus tareas en los puntos calientes.

El 9 de diciembre de 2020, la Comisión adoptó una propuesta para permitir a Europol emitir alertas en el SIS sobre la base de información de origen de terceros países, en particular, para detectar combatientes terroristas extranjeros.

A partir de noviembre de 2023 se implementa el Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (ETIAS), con el fin de evitar que personas que puedan resultar un peligro lleguen a suelo europeo y pueda engrosar la lista de ataques terroristas en Europa. Los viajeros de países con exención de visado deberán registrar sus datos en línea antes de dirigirse a la zona Schengen. Estos datos se compararán con bases de datos de seguridad, incluidas Europol, Interpol y la lista de vigilancia de la UE, para identificar a cualquier persona involucrada en actividades terroristas y evitar que crucen las fronteras europeas legalmente. Más información sobre esta medida en: <https://www.etiasvisa.com/es> (último acceso 19/03/2023).

⁶⁷⁸ Frontex es la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, cuyo objetivo principal es ayudar a los Estados miembros de la UE y a los países asociados a Schengen a proteger las fronteras exteriores de la UE. Una de sus funciones es el intercambio y recopilación de información sobre actividades delictivas, entre las que se encuentra el terrorismo.

entrega europea). Esta DM en materia de terrorismo tenía como objetivo primordial la armonización de las legislaciones de los Estados miembros y establecimiento de una definición común de los elementos que componen los delitos de terrorismo, permitiendo una colaboración policial y judicial más eficaz contra los mismos. Esta DM fue modificada posteriormente por la DM 2008/919/JAI.

No obstante, hace unos años, perpetrados varios atentados en territorio de la UE desde 2015⁶⁷⁹, la organización estimó necesaria la aprobación de una nueva norma sobre terrorismo, esta vez en forma de Directiva, que fue aprobada el 15 de marzo de 2017 y que sustituyó a las DM citadas⁶⁸⁰. Invocan los Considerandos de la Directiva la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad y el Protocolo adicional de 2015 al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo de 2005⁶⁸¹, haciendo hincapié en la evolución de las amenazas terroristas para la UE y los Estados miembros y en la necesidad de una nueva norma comunitaria que abarque de forma exhaustiva determinadas conductas, en particular, las realizadas por los combatientes terroristas extranjeros, la financiación del terrorismo y las conductas terroristas cometidas a través de internet, incluidas las redes sociales. Según GÓRRIZ ROYO, la norma europea adopta una postura a favor de circunscribir el terrorismo en un contexto bélico con respecto, sobre todo, al fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros, a raíz del cual pareciera que la propia UE sería una parte beligerante en aquel conflicto y los actos terroristas que se describen aparecen como una nueva amenaza exterior⁶⁸². De hecho, adelanto aquí una conclusión que iré argumentando a lo largo de los siguientes epígrafes de mi obra: ciertamente, la Directiva tiene su razón de ser y su justificación en la amenaza que presentan los combatientes terroristas extranjeros y los viajes con fines terroristas.

⁶⁷⁹ Pueden consultarse aquí los informes anuales emitidos por Europol sobre situación y tendencias del terrorismo, conocidos como TE-SAT: <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/eu-terrorism-situation-and-trend-report#fndtn-tabs-0-bottom-2> (último acceso 19/03/2023).

⁶⁸⁰ Sobre el proceso de elaboración de la Directiva y sus puntos más destacables: PIERNAS LÓPEZ, *RGDE*, N°44, 2018, págs. 55-93.

⁶⁸¹ El Consejo de Europa, en aplicación de la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad adoptó, el 22 de octubre de 2015 en Riga, el Protocolo Adicional a su Convenio sobre terrorismo de 2005. Sobre ello, ver *infra*: El Consejo de Europa ante el terrorismo. La UE ratificó sendos instrumentos el 26 de junio de 2018, de acuerdo con las listas de firmas y ratificaciones publicadas por el Consejo de Europa: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/196/signatures?p_auth=WpjG4z8I https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/217/signatures?p_auth=31qxxVYA (últimos accesos 19/03/2023) y de acuerdo con lo publicado en el Boletín Oficial de la UE de la misma fecha.

⁶⁸² GÓRRIZ ROYO, *RECPC*, N°22, 2020, pág. 12.

También se ha criticado de esta norma que fue adoptada con carácter urgente y sin evaluación de impacto, perpetrando una política de legislar bajo la influencia de los acontecimientos⁶⁸³.

En su Considerando (37), la UE advierte que el contenido de la Directiva no afecta a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados miembros en virtud del Derecho internacional y del DIH. Aclara que la Directiva no rige las actividades de las fuerzas armadas en períodos de conflicto armado (en su descripción dada por el DIH), y las actividades de los ejércitos estatales en el ejercicio de sus funciones oficiales, cuando se rijan por otras normas de Derecho internacional⁶⁸⁴. Esta previsión plantea cierta problemática en relación al derecho aplicable con la amplia disposición que después realiza de los viajes con fines terroristas, pues muchos de ellos se realizan a territorios incursos en conflictos armados⁶⁸⁵.

La estructura de los delitos contenidos en la Directiva es la siguiente: 1. “Delitos de terrorismo y delitos relacionados con un grupo terrorista” (*definición* de los delitos y conductas de dirección y participación, arts. 3 y 4 respectivamente); 2. “Delitos relacionados con actividades terroristas” (provocación pública para la comisión de un delito de terrorismo, captación, adiestramiento, recepción de adiestramiento, viaje con fines terroristas, organización o facilitación de los viajes con fines terroristas, financiación del terrorismo y otros delitos relacionados con actividades terroristas, arts. 5-12). 3. Una serie de disposiciones comunes: el art. 13 indica que para que los delitos enumerados en el art. 4 o el Título III (arts. 5-12) sean punibles no es necesario que se cometa efectivamente un delito de terrorismo, ni tampoco, en lo que respecta a los delitos enumerados en los arts. 5 a 10 y 12, que guarden relación con otro delito específico establecido en la Directiva; y el art. 14, que prevé la tipificación de la complicidad, la inducción y la tentativa para algunos de los delitos anteriormente previstos.

De acuerdo con su Considerando (6), procede aproximar en mayor medida en todos los Estados miembros la definición de delitos de terrorismo, lo que llama la atención teniendo en cuenta que el concepto de delitos de terrorismo que el art. 3 de la Directiva

⁶⁸³ PIERNAS LÓPEZ, *RGDE*, N°44, 2018, pág. 59.

⁶⁸⁴ Dispone el mismo texto el art. 26 del Convenio europeo para la prevención del terrorismo de 2005.

⁶⁸⁵ INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Lucha contra el terrorismo y promoción y protección de derechos humanos ante los tribunales*, *Orientaciones*, 2020, pág. 31; GHERBAOUI/SCHNEININ, *VerfassungsBlog*, 25 de enero de 2022.

2017/541 instaure coincide prácticamente con el contenido en la DM 2002/475/JAI⁶⁸⁶. Ambos recogen un amplio listado de delitos comunes⁶⁸⁷ (tipificados en las legislaciones de los Estados miembros), que, realizados con unas determinadas finalidades⁶⁸⁸, se elevarán a la categoría de terroristas. Cabe señalar un importante extremo de la definición, y es que exige que “los actos, por su naturaleza o contexto, puedan perjudicar⁶⁸⁹ gravemente a un país o a una organización internacional”. Señala BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE la preponderancia de este último rasgo, el de la gravedad del delito, con lo que pasa a un primer plano la entidad de la utilización de la violencia, produzca o no terror, realizada con una finalidad no necesariamente política (por ejemplo, intimidar gravemente a una población). Camino que lleva a ignorar, inadecuadamente, la necesidad de que esté presente la potencialidad para causar terror y la finalidad política⁶⁹⁰. Aunque de acuerdo en parte con esta afirmación, es también cierto que al menos la definición europea añade el requisito de la potencialidad para perjudicar gravemente a un Estado o una organización internacional⁶⁹¹ y un listado de delitos más acotado y que se corresponde

⁶⁸⁶ Únicamente cambia el orden de las finalidades para enunciarlas después de la enumeración de los delitos comunes, a la que añade la letra i): “la interferencia ilegal en los sistemas de información...”.

⁶⁸⁷ El listado es el siguiente: a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona; c) el secuestro o la toma de rehenes; d) destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) el apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos o armas de fuego, armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares inclusive, así como la investigación y el desarrollo de armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares; g) la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) la interferencia ilegal en los sistemas de información a tenor del art. 4 de la Directiva 2013/40/UE, en los casos en los que sea de aplicación su art. 9.3 o 4 b) o c), y la interferencia ilegal en los datos a tenor de su art. 5, en los casos en los que sea de aplicación su art. 9.4 c); j) la amenaza de cometer cualquiera de los actos enumerados en las letras a) a i).

⁶⁸⁸ a) intimidar gravemente a una población; b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional.

⁶⁸⁹ En la DM 2002/475/JAI el término utilizado era “lesionar”.

⁶⁹⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en: DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE (Coord.), *Curso PG*, 2016, pág. 1323.

⁶⁹¹ En este mismo sentido, ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 66, (refiriéndose a la definición de la DM 2002/475/JAI) pone de manifiesto que a pesar de que esta posibilidad de “lesionar gravemente a un país o a una organización internacional” es un concepto jurídico indeterminado, es evidente que remite a situaciones de especial gravedad cuya valoración requiere un ejercicio de contraste con lo que constituyen otras formas delictivas. Por el contrario, señala GARCÍA RIVAS, *RGDP*, N°4, 2005, pág. 18-19, que el elemento anterior que exigiría actos aptos para lesionar a un Estado o a una organización internacional es un elemento objetivo de difícil catalogación, que impediría calificar como delito terrorista prácticamente todas las acciones del terrorismo islamista y en particular los atentados de 2001 en Estados Unidos, el atentado de 2004 en Madrid y el de 2005 en Londres.

con las conductas graves y violentas de las que usualmente los terroristas se sirven, que hace referencia de forma reiterada a la puesta en peligro de vidas humanas. Digo de forma generalizada, porque existen en el listado de conductas del art. 3.1 de la Directiva algunas excepciones: la letra d) hace referencia a destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan producir un gran perjuicio económico; y la letra e), que prevé el apoderamiento ilícito (no tiene que ser necesariamente violento) de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías.

Por supuesto, estos dos elementos mencionados habrá que conectarlos con las finalidades, cuya enunciación es altamente criticable por su indefinición y por la falta de conexión de algunas de esas finalidades con la dimensión política del terrorismo, que podría dar entrada a la consideración como terroristas de otros fenómenos delictivos o de conductas aledañas al ejercicio de derechos humanos. A pesar de las críticas, la definición de la UE ofrece una definición algo más restrictiva que la actualmente vigente en España, como después analizaré.

Además de estos ajustes en la configuración del delito de terrorismo, se añaden otras conductas que deben tipificar los Estados en sus respectivos códigos penales: la recepción de adiestramiento (que podrá incluir también el autoadiestramiento, según el Considerando (11)) y los viajes con fines terroristas (y su organización o facilitación). Se ha reprochado a la Directiva que la previsión de algunas de estas conductas no tiene conexión directa con el efectivo daño o peligro a un bien jurídico, su ambigüedad a la hora de redactar los preceptos⁶⁹², y su afectación a derechos fundamentales⁶⁹³. Todo ello

⁶⁹² Así, un informe de Amnistía Internacional/Comisión Internacional de Juristas/Human Rights Watch (et. al.) titulado “European Union Directive on Counterterrorism is seriously flawed” señala, por ejemplo, que: “De modo significativo, la Directiva requiere a los Estados la criminalización de una serie de actos preparatorios que podrían tener una nula o mínima conexión con un acto violento de terrorismo, o que podrían no resultar nunca en la comisión de un atentado terrorista. Por ejemplo, el delito de participación en grupo u organización terrorista, el traslado o la recepción de adoctrinamiento terrorista no están correctamente definidos. A menos que estos delitos tan ampliamente definidos estén sujetos a una cuidadosa redacción y a fuertes salvaguardas en las legislaciones nacionales, probablemente conducirán a violaciones de derechos, tales como la libertad de expresión, asociación y movimiento”. Puede consultarse en inglés en: <https://www.hrw.org/news/2016/11/30/eu-counterterrorism-directive-seriously-flawed> (último acceso 19/03/2023).

⁶⁹³ La Agencia de Derechos Fundamentales de la UE, en su informe: “Directive (EU) 2017/541, on combating terrorism, impact on fundamental rights and freedoms”, 2021, pág. 15, ha señalado que entre los derechos de la CDFUE a los que afecta más directamente se encuentran los derechos a la libertad y a la seguridad (art. 6); el respeto de la vida privada y familiar (art. 7); la protección de datos de carácter personal (art. 8); la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 10); la libertad de expresión y de

lo iré analizando en los siguientes epígrafes de este trabajo, comparándolo con sus formulaciones “homólogas” en Derecho penal español.

V. El Consejo de Europa ante el terrorismo

El Consejo de Europa es una organización internacional nacida en 1949, conformada actualmente por 46 Estados miembros. Su cometido primordial es la promoción y defensa de los derechos humanos, la democracia parlamentaria y el Estado de Derecho. Su característica más significativa es que instituye el TEDH como guardián del CEDH, al que pueden acudir los particulares. Pero, además del TEDH, destacan otras instituciones en su estructura orgánica: el Comité de Ministros, órgano estatutario de toma de decisiones y de adopción de los tratados del Consejo que está integrado por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros; y la Asamblea Parlamentaria, como órgano deliberativo, que adopta recomendaciones, resoluciones y opiniones no vinculantes⁶⁹⁴.

Dentro de las materias de interés de la organización se encuentra, por supuesto, el terrorismo. El enfoque de las políticas tiene tres ramas: el fortalecimiento del marco normativo; la lucha contra las causas del terrorismo; y la salvaguardia de los valores de la organización y los derechos fundamentales. Los principales instrumentos normativos y políticos sobre terrorismo emanan del Comité de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria.

El tratado más importante del Consejo de Europa sobre terrorismo es el Convenio para la Prevención del Terrorismo de 2005 (ratificado por España en 2009), que sustituyó al Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 1977. El Convenio se centra en varios aspectos. Por un lado, en la definición y tipificación de delitos de terrorismo, con la finalidad de que los Estados miembros armonicen sus legislaciones. Y, por otro, se centra en aspectos de prevención del terrorismo y de cooperación judicial entre los Estados.

información (art. 11); la libertad de reunión y de asociación (art. 12); la libertad de las artes y de las ciencias (art. 13); la no discriminación por razón de origen étnico, religión o convicciones (art. 21); los derechos del menor (art. 24); la libertad de circulación y de residencia (art. 45); el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47); la presunción de inocencia y los derechos de la defensa (art. 48); y los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas (art. 49).

⁶⁹⁴ El Consejo de Europa cuenta con otras instituciones: el Congreso de Poderes Locales y Regionales; el Comisario para los Derechos Humanos; la Conferencia de las ONGI; y la Secretaría General.

La definición de los delitos de terrorismo en el Convenio del Consejo de Europa utiliza una técnica distinta a la elegida por la UE. Según su art. 1, a los efectos del Convenio, se entenderá por “delito terrorista” cualquiera de los delitos incluidos en el ámbito de aplicación y definidos en uno de los tratados enumerados en el anexo (que incluye los tratados sectoriales generales). Como delitos conexos, prevé la “provocación pública para cometer delitos terroristas” (art. 5), el “reclutamiento con fines terroristas” (art. 6), y el “adiestramiento con fines terroristas” (art. 7).

El 22 de octubre del 2015, se aprobó en Riga un Protocolo Adicional al Convenio, en el que se prevén nuevos delitos cuya tipificación se fundamenta en la preocupación por la amenaza derivada de las personas que viajan al extranjero con objeto de cometer, contribuir a la comisión o participar en delitos de terrorismo, o para proporcionar o recibir adiestramiento con fines terroristas en el territorio de otro Estado. Así, se añaden como delitos la “participación en una asociación o grupo con fines de terrorismo” (art. 2), la “recepción de adiestramiento con fines terroristas” (art. 3), los “viajes al extranjero con fines de terrorismo” (art. 4) y la financiación u organización de viajes con ese fin (arts. 5 y 6). Como advertí en el punto relativo a la UE, también se harán recurrentes comparaciones entre la legislación española y los Convenios sobre terrorismo del Consejo de Europa.

Como medidas penales, también auspició el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo de 2005, que fue ratificado por España en 2009.

Por supuesto, además de normas penales, se ha ocupado de otros aspectos relacionados con el terrorismo, como cuestiones relativas a la cooperación judicial internacional, a la prevención del extremismo violento⁶⁹⁵ o a las víctimas del terrorismo⁶⁹⁶.

Por supuesto, otros Convenios generales de derechos humanos tienen mucha significancia en materia de terrorismo. Como es obvio, el CEDH y sus Protocolos, o el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 1987 y los informes que realiza sobre la materia el CPT.

⁶⁹⁵ En el 2015, el Comité de Ministros aprobó un Plan de Acción sobre la lucha contra el extremismo violento y la radicalización que conducen al terrorismo, CM(2015)74, de 19 de mayo de 2015.

⁶⁹⁶ Pueden verse las Directrices del Comité de Ministros sobre la protección de las víctimas de actos de terrorismo, de 2 de mayo de 2005 y su revisión de 2017.

En cuanto al TEDH, este se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre situaciones de vulneraciones de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo. Destacan condenas sobre la libertad de expresión, sobre prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes (tanto en su vertiente procesal como material), sobre el derecho a la defensa o a la tutela judicial efectiva, sobre el principio de legalidad o sobre las derogaciones del CEDH fundamentadas en la amenaza terrorista, entre otras cuestiones. Se realizarán recurrentes citas de sentencias del TEDH a lo largo del trabajo.

CAPÍTULO II. El terrorismo y el Derecho penal: ¿Debe ser el terrorismo una categoría delictiva diferenciada? ¿qué elemento(s) determinaría(n) su mayor lesividad? Las principales visiones doctrinales y toma de posición

I. Introducción

Dadas las consideraciones hechas anteriormente (necesariamente generales) sobre que una determinada violencia será catalogada como terrorista dependiendo en gran medida del tiempo y lugar en el que se le asigne esa etiqueta, y, sobre todo, por parte de quién se haga, así como sobre la imposibilidad de las ciencias sociales para acotar una definición del fenómeno, me parece necesario intentar desentrañar qué aspectos de los mencionados anteriormente serían relevantes para operar en Derecho penal. Teniendo en cuenta, además, que estamos ante la respuesta jurídica más grave del Estado, por lo que la caracterización del terrorismo como delito debería ser especialmente rigurosa⁶⁹⁷.

Según apunta PAREDES CASTAÑÓN, existe una peculiaridad en el debate político-criminal en materia de terrorismo. Concretamente, este debate que tiende a incurrir en un “positivismo jurídico de corte ontológico”, entendiéndolo por tal aquel razonamiento (erróneo) en virtud del cual tan solo cabe discutir acerca del grado de valoración (negativo) que merece una determinada conducta que el legislador ha seleccionado para tipificarla penalmente, así como sobre los requisitos que deben exigirse para castigarla, o sobre la sanción que merece; pero no se pone en cuestión que la conducta sea realmente lesiva y que verdaderamente merezca alguna valoración negativa. De acuerdo con PAREDES CASTAÑÓN, no se suele plantear siquiera la posibilidad de que los delitos de terrorismo no posean generalmente ninguna lesividad específica (distinta de la propia de los delitos comunes que se cometen), y que por ello carezca su regulación específica de justificación político-criminal. Se presume que existe una lesividad específica, por lo que la tarea del penalista consistiría en acotarla suficientemente. Esta forma de operar cumple una función política evidente para el autor, que sería la de impedir que se pongan en

⁶⁹⁷ DUFFY, *The 'War on Terror' and the Framework of International Law*, 2ª ed., 2015, pág. 49.

cuestión las bases mismas de la política criminal antiterrorista realmente existente; limitando, así, la crítica tan solo a determinados “vicios”, “excesos”, “malas prácticas”, etc., sin llegar a considerar siquiera la posibilidad de que prácticamente toda la política legislativa en materia de terrorismo (y las decisiones judiciales que la aplican) carezcan de justificación⁶⁹⁸.

En este sentido, existen posturas minoritarias que no encuentran en ningún elemento ese plus lesivo de los delitos de terrorismo y se decantan por el castigo de esas conductas violentas mediante su subsunción en otros tipos penales, como los de homicidio, asesinato, crímenes de lesa humanidad, estragos, detenciones ilegales, etc. ZAFFARONI, por ejemplo, se pregunta qué puede hacer el Derecho penal con los terroristas, y responde que: “si estos no hacen nada, el Derecho penal nada puede hacer; si cometen delitos, corresponde individualizarlos, detenerlos, procesarlos, juzgarlos, condenarlos y hacerles cumplir la pena. Si los delitos tienen la gravedad y las características de crímenes de lesa humanidad, corresponde el tratamiento reservado para esos delitos, y, si no la tuvieran, deben ser penados conforme a los tipos que conminan la tenencia de explosivos, el homicidio por medio capaz de provocar grandes estragos, los estragos seguidos de muerte, el robo a mano armada, el secuestro, la falsificación y el uso de documentos falsos, la asociación ilícita, etc., todos amplificados en su caso conforme a las reglas de la participación y de la tentativa y si corresponde según los principios que regulan el concurso real e ideal”. Sostiene el autor que “nadie es capaz de preguntarse para qué efecto práctico pueden servir esos tipos con elementos subjetivos, cuando el tipo tradicional de homicidio calificado, sin requisito subjetivo alguno, se prevé la pena máxima del CP (haciendo referencia a la legislación penal argentina), y ello sin la necesidad de agotar el resultado del estrago, sino bastando con causar la muerte a una sola persona. Y la misma pena se le impone al que lo financia, porque coopera en la preparación de forma necesaria (con dominio del hecho) y, por consiguiente, es partícipe necesario, o porque decide al ejecutor y, en tal caso, es instigador. En definitiva, si en cualquier caso se impone la pena máxima prevista en la ley, ¿a quién le importa si hace estallar un avión en vuelo lo hace para atemorizar, para imponer sus ideas políticas o idolátricas, para eliminar del mercado a la empresa competidora o para cobrar un seguro? Si la ley es clara y lo ha sido siempre, no se comprende qué efecto práctico se puede

⁶⁹⁸ PAREDES CASTAÑÓN, *Anatomía do Crime*, N°4, 2016, págs. 31-33.

buscar con tipos especiales que no cubren ningún vacío de tipicidad y que, por el contrario, pueden confundirlo todo y provocar impunidades”⁶⁹⁹. GUZMÁN DÁLBORA, por su parte, indica que, “al ser, pues, [el terrorismo] un concepto indefinible y, por tanto, irracional, se explica que no exista una definición comúnmente aceptada en el Derecho internacional y la extraordinaria variedad de su tratamiento legislativo en los Estados. Esta inanición conceptual, diversidad de regulación y el hecho de que la respuesta penal contra el terrorismo responde siempre a un designio político autoritario llaman a realizar con él lo mismo que hizo la reforma penal del Iluminismo con el delito político: reducirlo a la categoría y someterlo a las reglas del delito común”⁷⁰⁰. En España, PAREDES CASTAÑÓN también apunta en la dirección señalada por GUZMÁN DÁLBORA. Salvo casos muy extremos, en el resto de las situaciones usualmente etiquetadas como de “terrorismo”, en realidad no existe justificación alguna para tratar, desde el punto de vista penal sustantivo, los delitos contra bienes jurídicos individuales (homicidios, lesiones, etc.) que son cometidos (con una finalidad política) de manera excepcional, ni por lo que hace al alcance de su tipicidad ni por lo que se refiere a las penas merecidas. Pues, excepto en dichos casos extremos, no existe un verdadero plus de lesividad en los delitos “terroristas” que los distinga en ninguno de dichos aspectos⁷⁰¹.

CANCIO MELIÁ, identifica las anteriores posiciones doctrinales como “callejones sin salida” o posiciones “negacionistas”. Concretamente, las opiniones anteriores se encuadrarían en lo que él denomina como “solución cero”, que rechaza que deba existir una definición jurídica penalmente relevante de terrorismo, negando por tanto legitimidad a las infracciones terroristas existentes en Derecho positivo, por carecer de una lesividad que las diferencie de otros delitos⁷⁰².

Sin embargo, los enfoques de los autores citados anteriormente, aunque minoritarios, son a mi juicio muy valiosos. Como señala GUZMÁN DÁLBORA, que estas

⁶⁹⁹ ZAFFARONI, *El enemigo*, 2006, págs. 162-164. Le sigue: BAILONE, en: Díez-PICAZO GIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (Coord.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, págs. 538-539.

⁷⁰⁰ GUZMÁN DÁLBORA, en: AMBOS/MALARINO/STEINER (Ed.), *Terrorismo y derecho penal*, 2015, pág. 431-432.

⁷⁰¹ PAREDES CASTAÑÓN, *Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, N°74, 2010, págs. 99-177; PAREDES CASTAÑÓN, *Anatomía do Crime*, N°4, 2016, págs. 29-46.

⁷⁰² CUERDA RIEZU, *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 48-51; CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio*, 2019, págs. 128-134. Dentro de estos “callejones sin salida” o posiciones “negacionistas” incluye también otras dos: la llamada de “la reducción a la peligrosidad”, que identificaría únicamente uno de los elementos característicos del fenómeno del terrorismo, la peligrosidad (fáctica, en términos de comisión de delitos graves); y una tercera, que aludiría a las teorías que excluyen al terrorismo del Derecho penal del hecho, como la del Derecho penal del enemigo.

posturas carezcan de un apoyo mayoritario, no significa que sean equivocadas “ni que la situación legislativa imperante tenga que obnubilarnos la apreciación de las cosas”⁷⁰³. En mi opinión, un abordaje jurídico-penal del terrorismo en la dirección que los autores defienden parece actualmente insostenible como propuesta de política criminal, pues es democráticamente inviable: ¿quién defendería hoy en día una reforma penal con dicha orientación? Probablemente, nadie. Sin embargo, las propuestas de los citados penalistas pueden servir inestimablemente para exigir políticas criminales más meditadas y justificadas, para simplificar la legislación penal antiterrorista, para excluir de ella algunos de los delitos de terrorismo hoy vigentes, o para reflexionar sobre la procedencia (o no) de las suspensiones/limitaciones de derechos fundamentales que impregnan todo este ámbito normativo.

La legislación antiterrorista es una legislación especial, y ello se observa con viva claridad en España. Este conjunto normativo cuenta con sus propias especificidades procesales, penitenciarias, penales y en materia de derechos fundamentales, las cuales no siempre se justifican, ni político-criminalmente, ni desde el punto de vista del respeto a determinados derechos fundamentales. Por ello, sería deseable desentrañar el contenido de antijuridicidad material que se asigna a dichos delitos, entendiendo esta como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico digno de protección penal. Es decir, es necesaria la identificación de las razones materiales por las que las conductas terroristas son (o no) más lesivas. Según la doctrina penal mayoritaria⁷⁰⁴ y la jurisprudencia⁷⁰⁵ los delitos de

⁷⁰³ GUZMÁN DÁLBORA, en: AMBOS/MALARINO/STEINER (Ed.), *Terrorismo y derecho penal*, 2015, pág. 427.

⁷⁰⁴ Por muchos: MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, págs. 46 y 169; ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 80; GARCÍA ARÁN, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios PE*, T.II, 2004, pág. 2603; GONZÁLEZ CUSSAC, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pág. 121; LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, pág. 59; GARCÍA VALDÉS/MESTRE DELGADO/FIGUEROA NAVARRO, *Lecciones PE*, 2011, 1ª ed., pág. 273; TEIXEIRA, *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, N°2, 2013, pág. 65; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos*, 1ª ed., 2016, pág. 993; CERRADA MORENO, *El terrorismo, concepto jurídico*, 2018, pág. 357; SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, en: JUANATEY DORADO/SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES (Dir.), *Derechos del condenado*, 2018, pág. 184; CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio*, 2019, págs. 153-154; CASTELLVÍ MONSERRAT, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/HORTAL IBARRA (Coord.), *Manual PE*, T.1, 2ª ed., 2019, pág. 839. En contra: PAREDES CASTAÑÓN, *Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, N°74, 2010, págs. 99-177; o PAREDES CASTAÑÓN, *Anatomía do Crime*, N°4, 2016, págs. 29-46.

⁷⁰⁵ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4: “(...) lesión, al menos potencial para bienes jurídicos individuales y colectivos de enorme entidad”; o STS ROJ: 10214/1993, de 25 de enero, FJ 3: “El terrorista es algo más que el criminal común, pues no solo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos. No solo viola los derechos de los demás con violencia, sino que lo hace con el propósito de hacer inseguros los derechos de todos”. El TS ha identificado los bienes jurídicos que protegen los delitos de terrorismo de múltiples formas: la “seguridad de los derechos” (STS 33/1993, de 25 de enero); “la paz

terrorismo son delitos pluriofensivos, ya que tutelan bienes jurídicos en una doble dirección: primero, protegen los bienes jurídicos de los delitos particulares (vida, integridad física, libertad, etc.); y, segundo, salvaguardan otro u otros bienes jurídicos cuya identificación no es consensuada. Como he señalado anteriormente, en general se da por hecho que los delitos de terrorismo deben existir, y, sin embargo, ello dependerá en buena medida, entre otras cosas, de que se pueda defender la presencia de un bien jurídico necesitado de protección más allá de los bienes jurídicos protegidos en cada uno de los delitos particulares y de un núcleo de lesividad diferenciable.

La doctrina mayoritaria española identifica fundamentalmente tres elementos⁷⁰⁶ como necesarios para la configuración del concepto jurídico de terrorismo, a saber, la utilización de la violencia o la intimidación masiva; por una organización o grupo terrorista (elemento estructural); con una finalidad ulterior colectiva política de cambio del orden establecido o de atemorización de una población o parte de ella (elemento teleológico), haciendo descansar en ellos (o en alguno de ellos) el fundamento de la mayor lesividad de los delitos de terrorismo. En ocasiones, se resume en que el terrorismo constituye “violencia política organizada”⁷⁰⁷, lo que, en mi opinión y traídas a colación las consideraciones realizadas al tratar las violencias políticas y el terrorismo⁷⁰⁸, no es suficiente conceptualmente.

Es por ello por lo que mucha doctrina añade a la conceptualización del terrorismo elementos que van más allá, que conforman (o terminan de conformar) la mayor lesividad de las actuaciones terroristas. Algunas definiciones extendidas de terrorismo (tanto

pública y el orden político constituido” (STS 2/1997, de 29 de noviembre); “un orden o una forma de vida política, económica cultural y social” (STS 503/2008, de 17 de julio); “el ejercicio de los derechos fundamentales y la convivencia ciudadana” (STS 977/2012, de 30 de octubre); “la convivencia democrática y el normal desenvolvimiento de las instituciones” (STS 865/2011, de 20 julio); o el TC, “[refiriéndose a la idea de paz pública] da cuenta de un bien jurídico que se identifica con el interés de la sociedad en la aceptación del marco constitucional, de las leyes y de las decisiones de las autoridades legítimas, como presupuesto para el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales” (STC 184/2021, de 28 de octubre).

⁷⁰⁶ DE PRADA SOLAESA, *JpD*, N°25, 1996, págs. 73-74; GEPC, *Una alternativa*, 2008, págs. 24-26; GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/CARPIO BRIZ, DAVID (Coord.), *La seguridad pública*, 2010, págs. 64-88; CANCIO MELIÁ, en: CUERDA RIEZU, *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 52; BORJA JIMÉNEZ, *ADPCP*, T.70, N°1, 2017, págs. 53-55; PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, 2017, pág. 337; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, pág. 1322; SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, en: JUANATEY DORADO/SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES (Dir.), *Derechos del condenado*, 2018, pág. 183-188; CASTELLVÍ MONSERRAT, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/HORTAL IBARRA (Coord.), *Manual PE*, T.1, 2ª ed., 2019, págs. 840-841.

⁷⁰⁷ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4; SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, pág. 148; DE PRADA SOLAESA, *JpD*, N°25, 1996, págs. 73-74.

⁷⁰⁸ Ver *supra*: El terrorismo como fenómeno social y El terrorismo en el tiempo: una breve aproximación.

doctrinales como legales, convencionales, o jurisprudenciales) incluyen la utilización o causación de *terror* o de una *sensación de inseguridad*; otras, el ataque al sistema político; pero, sobre todo, la mayoría se decantan por exigir esos elementos en su vertiente subjetiva, es decir, como una finalidad adicional del que realiza los actos delictivos. De hecho, la técnica legislativa empleada para designar los delitos de terrorismo suele partir de la enumeración de delitos comunes, y, a partir de ahí, se diferencian dos modelos. El modelo alemán, llamado objetivo, que en su § 129a StGB (“*Bildung terroristischer Vereinigungen*”, formación de organizaciones terroristas) describe a las asociaciones terroristas como aquellas que tienen por objetivo la comisión de algunos delitos graves que enumera. Ahora bien, el modelo de Alemania ya no es tan puro, pues la incorporación al Derecho penal alemán de la DM 2002/475/JAI en 2003⁷⁰⁹ adicionó al § 129a StGB un párrafo (2), en el que se prevén las finalidades previstas en la norma europea. El segundo modelo, el llamado mixto subjetivo-objetivo, es el dominante en Europa y el que sigue también el CP español, y establece como requisito del tipo una finalidad (de subversión del orden político, de alteración del orden o la paz pública, de causación de terror, etc.)⁷¹⁰.

Para la doctrina mayoritaria y para las legislaciones de algunos Estados la determinación de un elemento subjetivo adicional (además del dolo relativo al delito común cometido: un homicidio, unas lesiones, una detención ilegal, etc.) es necesaria a la hora de diferenciar los delitos de terrorismo de otros delitos comunes o de otras formas de delincuencia organizada⁷¹¹. En relación con el elemento subjetivo o teleológico, ASÚA

⁷⁰⁹ *Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2003, Teil I, N°65, 27/12/2003, págs. 2836 y ss.*

⁷¹⁰ Si bien es cierto que en España hubo en el pasado una legislación penal en materia de terrorismo que respondía a un modelo objetivo, pues la Ley 82/1978 prescindió de realizar menciones a las finalidades, situación que se mantuvo hasta 1995.

⁷¹¹ ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 71: “la delimitación de este elemento subjetivo resulta decisiva para diferenciar una banda terrorista de otras formas de criminalidad organizada violenta, y para establecer la frontera con los respectivos delitos comunes básicos”; RODIN, *Ethics*, Vol. 114, N°4, 2004, pág. 756: “este elemento teleológico es necesario en la definición para distinguir el terrorismo del crimen común. Aunque el terrorismo es un tipo de delito, se distingue del homicidio, de la violación, de los ataques contra la propiedad por el hecho de que está dirigido a un programa más amplio”; SAUL, *Defining Terrorism*, 2006, pág. 25: “Más allá de la violencia física del terrorismo se encuentran sus características únicas y diferenciadoras, como la intención específica de aterrorizar, intimidar o coaccionar, y la existencia de un motivo político”; CASSESE, *JICJ*, N°4, 2006, pág. 940: “un acto terrorista, como por ejemplo el estallido de una bomba en una discoteca, seguramente podría ser realizado por un individuo que no perteneciera a ningún grupo u organización terrorista. Sin embargo, ese acto se convierte en terrorista si el sujeto actuó movido por una serie de ideas o principios (por un programa político, una ideología o religión), identificándose subjetivamente con un grupo u organización con la intención de tomar medidas similares a las de aquéllos. Es este factor precisamente el que transforma la conducta de, por ejemplo, asesinato, en un acto terrorista”; LAMARCA PÉREZ, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*,

BATARRITA distingue cuatro planos: una primera finalidad, la constituida por el dolo directo del delito común; una segunda, la finalidad de atemorizar introduciendo un factor de coerción y consecuente limitación de la libertad de colectivos, personas o de la población en general; un tercer nivel, en el que se sitúa la finalidad ulterior de pretensión de incidencia política; y un cuarto nivel, representado por el móvil originario de la conducta delictiva, que estaría cifrado en el concreto proyecto político con el que el sujeto activo o el grupo terrorista se identifica⁷¹². Este último generalmente estará enfocado hacia el cambio del orden establecido, entendido en sentido amplio, por lo que cabría, por ejemplo, la obtención de la independencia de un territorio, el cambio a un sistema político o socioeconómico distinto, o la imposición de la ley islámica o *sharí*⁷¹³, por citar el *objetivo general* del terrorismo yihadista⁷¹⁴, que es el que ha fundamentado las últimas reformas legales penales en Europa.

2018, pág. 1336: “El delito terrorista debe ser algo más que la utilización de determinados medios porque en ese caso se confundiría con el delito común del que debe ser diferenciado si, como de hecho sucede, se reserva para él un tratamiento jurídico distinto. Solo otorgando relevancia jurídica a una dimensión finalística puede delimitarse jurídicamente esta figura, esto es, debe reconocerse que el elemento teleológico es un requisito indispensable para la elaboración de un concepto jurídico penal de terrorismo y este elemento, no puede ser otro que la finalidad política”; CASTELLVÍ MONSERRAT, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/HORTAL IBARRA (Coord.), *Manual PE*, T.1, 2ª ed., 2019, pág. 840: “la despolitización del terrorismo corre el riesgo de permitir que diversas modalidades de delincuencia común organizada (bandas delictivas juveniles u organizaciones de tipo mafioso), susceptibles de provocar un estado de terror en ciertos sectores de la población, puedan ser calificadas de terroristas”.

⁷¹² ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 76. En similar sentido, FERNÁNDEZ GARCÍA, *Revista penal México*, N°21, 2022, pág. 148, entiende que el terror es el fin inmediato de la violencia terrorista, pero el fin mediato de tal violencia, como principal y último, es el gran objetivo de cambio sociopolítico pretendido.

⁷¹³ La *sharí* es la ley islámica, donde se prescriben los códigos de conducta de las personas que profesan el islam. Procede de cuatro fuentes: el Corán (libro sagrado del islam constituido por las revelaciones de Allah transmitidas a Mahoma), la *Sunna* o tradición (solo aceptada como fuente por los sunníes, es el conjunto de actos, comportamientos y palabras de Mahoma), el *Idjmá* (acuerdo unánime de la comunidad musulmana) y el *Quiyas* (procedimiento de razonamiento por analogía).

⁷¹⁴ Por ejemplo, los objetivos específicos de las dos organizaciones yihadistas más importantes son los siguientes: Al-Qaeda, tiene como objetivo a largo plazo el establecimiento de un Califato islámico dividido en emiratos. Como objetivos a corto plazo, se encontrarían la preservación de la sociedad musulmana contra las influencias occidentales; el derrocamiento de gobiernos locales o nacionales considerados infieles o corruptos; la perpetración de atentados contra objetivos occidentales (en Estados Unidos y en Europa) o contra Israel. El Estado Islámico por su parte, según publicaba en su revista *Daqib*, aspira a la creación de un Califato que incluya a todos los musulmanes del mundo bajo su interpretación de la *sharí*. El Estado Islámico ambiciona a la ocupación de un territorio mucho más amplio que aquel que abarcaba el segundo califato (el de los Omeya, entre los años 661 a 750 d.C., que fue el de máxima extensión e incluía el territorio de la Península Ibérica).

II. El ataque al sistema político como lesividad específica del terrorismo

Como he indicado anteriormente, uno de los puntos más característicos de la violencia considerada como terrorista es su significación política. En este sentido, los delitos de terrorismo pueden considerarse como delitos políticos⁷¹⁵. Ahora bien, esto no hay que confundirlo con la utilización que del término realiza el art. 13.3 CE, último inciso⁷¹⁶, que excluye la extradición para los delitos políticos, señalando que no se considerarán así a los delitos de terrorismo. El texto constitucional se refiere a delitos políticos en otro sentido, en aquel que alude a la imposibilidad de castigar conductas de participación política en un Estado democrático y políticamente plural.

Reconociendo que la finalidad o el objetivo político ulterior es uno de los factores que diferencia al terrorismo de otras tipologías delictivas, cabe dar un paso más y formular algunas cuestiones: ¿es esta finalidad política un elemento determinante de la lesividad específica de los delitos de terrorismo?, ¿es ese afán de desmantelamiento o cambio del orden político lo que hace la conducta del terrorista más grave?, o, ¿afecta realmente el terrorismo al sistema político? Como se observa, las dos primeras preguntas se refieren a la finalidad que acompaña a la conducta, y, la última, se refiere a una afectación real al sistema político.

Existe un sector doctrinal que sí toma como factor relevante para la conformación de la lesividad específica de los delitos de terrorismo esa finalidad política. Así, CANCIO MELIÁ, señala que la dirección política de la conducta añade el factor del daño a la propia organización estatal, en este sentido, a la política⁷¹⁷. O BUENO ARÚS, que identifica el terrorismo como un delito complejo (que ataca a bienes personales, a la seguridad del Estado y a la paz internacional, al mismo tiempo) que estructuralmente puede ser perfectamente subsumible en otros tipos penales, donde el elemento esencial para la

⁷¹⁵ PAREDES CASTAÑÓN, *Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, Nº74, 2010, págs. 111-112, o PAREDES CASTAÑÓN, *Anatomía do Crime*, Nº4, 2016, pág. 37; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, pág. 136; LAMARCA PÉREZ, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, págs. 1336-1337.

⁷¹⁶ El art. 13.3, último inciso CE proclama: “Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”. Otras Constituciones lo hacen en similares términos: así, el art. 5 de la Constitución brasileña; el art. 9 de la Constitución de Chile; el art. 37 de la Constitución peruana; o el art. 102 de la Constitución de Honduras.

⁷¹⁷ CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, pág. 183-184. Aunque su injusto se basa también en otros dos extremos, la organización terrorista y la intimidación masiva (CANCIO MELIÁ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 55).

inaplicación de esos tipos va a residir en algo invisible: la finalidad de actuar contra el orden constitucional establecido⁷¹⁸. Estas últimas consideraciones llevan a identificar a algunos autores como bien jurídico tutelado por los delitos de terrorismo (además de los correspondientes bienes jurídicos individuales) alguno que tenga que ver con la protección del orden político. Lo formulan de diferentes formas, por ejemplo: “el monopolio de la violencia del Estado”⁷¹⁹; “el sistema político-institucional”⁷²⁰; “la propia Constitución de 1978”⁷²¹. Y precisamente, esa concepción del terrorismo como un ataque hacia el sistema político (y por la finalidad específica de “subversión del orden constitucional” que proclama el art. 573 CP) es la que hace que algunos autores defiendan como lugar más adecuado para ellos en el CP español la rúbrica de los “Delitos contra la Constitución”⁷²² y no la de los “Delitos contra el orden público”⁷²³.

En relación con los fines políticos, otro sector de la doctrina afirma que los objetivos políticos últimos en sí son irrelevantes, pues lo significativo a efectos jurídicos es que se intente su consecución a través de medios violentos⁷²⁴. Así, LAMARCA PÉREZ

⁷¹⁸ BUENO ARÚS, *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, 2009, pág. 61.

⁷¹⁹ CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, págs. 126 y ss. El autor argumenta que el injusto de los delitos de terrorismo, en cuanto delitos de organización, consiste en la arrogación política de un ámbito de organización genuinamente estatal (CANCIO MELIÁ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 64). Estas ideas también las defendía SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, pág. 148, que entendía que solo la violencia política organizada, sistemática y planificada tendente a “romper el monopolio que el Estado de Derecho tiene en el uso de la coacción”, deviene terrorismo.

⁷²⁰ BORJA JIMÉNEZ, *ADPCP*, T.70, Nº1, 2017, pág. 52.

⁷²¹ CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 2008, pág. 81.

⁷²² TORRES FERNÁNDEZ, *Los delitos de desórdenes públicos*, 2001, págs. 64 y 247; GONZÁLEZ CUSSAC, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pág. 69; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 2008, pág. 81, que identifica como bien jurídico protegido por estos delitos “la propia Constitución de 1978”; CANCIO MELIÁ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), *Estudios*, 2011, pág. 666; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos*, 1ª ed., 2016, pág. 963. En contra de este cambio de rúbrica se pronuncia GARCÍA ARÁN, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios PE*, T.II, 2004, pág. 2606, pues interpreta que el “orden constitucional” contenido en la finalidad “subversión del orden constitucional” no se refiere al orden institucional que puede cambiarse mediante el ejercicio del pluralismo político y reforma constitucional. Entiende que el orden constitucional que se menciona en el art. 573 CP se refiere al “orden político y la paz social” básicos citados en el art. 10 CE, cuyos fundamentos son “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás”. Dicho orden supone un sistema de ejercicio de derechos y libertades basado en la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento (art. 1.1 CE).

⁷²³ Para PAREDES CASTAÑÓN, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), *LH Mir Puig*, 2010, pág. 976, la ubicación sistemática no es la correcta, pero como consecuencia de la desconexión de los delitos de terrorismo con el bien jurídico orden público, según su propio concepto de este.

⁷²⁴ Así, por ejemplo: REINARES NESTARES, *Terrorismo y antiterrorismo*, 1ª ed., 1998, pág. 31; GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, *Cuadernos de derecho público*, Nº11, 2000, pág. 237; ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 79; GONZÁLEZ CUSSAC, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pág. 72; LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, pág. 163; FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, 2012, pág.

destaca que la finalidad política en sí misma considerada es perfectamente irrelevante en un Estado de Derecho y ello por muy radical que pueda ser su contenido; lo que importa y lo que caracteriza al terrorismo es que esos postulados políticos se pretendan realizar vulnerando el criterio de legitimidad básico de un sistema democrático, esto es, de forma violenta⁷²⁵. En la misma línea, ASÚA BATARRITA, siguiendo su anterior distinción entre planos subjetivos del terrorismo, entiende que el último de ellos, que sería el representado por el concreto proyecto político con el que el sujeto activo o el grupo terrorista se identifica, no interesa a efectos jurídicos, porque en sí es indiferente para el reproche penal en un marco democrático. El fundamento del desvalor jurídico radica en el uso de un procedimiento violento para obtener ese efecto político⁷²⁶, por lo que, para ella, hay que mantener diferenciadas las finalidades de “atemorización” y de imposición coactiva que colorean el plus de gravedad de los fines de contenido político del “ideario”⁷²⁷. Por ello, estas autoras consideran que los delitos de terrorismo protegen los cauces democráticos constitucionales de toma de decisiones⁷²⁸.

La realidad política y legislativa ha demostrado que los fines políticos últimos no son irrelevantes, pues muchas de las reformas en la materia han ido encaminadas a la criminalización de organizaciones o fenómenos terroristas muy determinados, actualmente con semejante amplitud en su espectro típico que pueden considerarse

196; LAMARCA PÉREZ, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, pág. 1337.

⁷²⁵ LAMARCA PÉREZ, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, pág. 1337. Aunque reconoce que el fenómeno terrorista “pone en peligro la estabilidad del sistema político por cuanto a sus acciones, que vulneran los más fundamentales bienes jurídicos individuales como la vida o la libertad, se dirigen en última instancia contra el estado como un modo de coacción o de intervención en su toma de decisiones” (pág. 1331).

⁷²⁶ ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 76. También: GARCÍA RIVAS, *RGDP*, N°4, 2005, pág. 25; POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, págs. 146-147.

⁷²⁷ ASÚA BATARRITA, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Derecho penal del enemigo*, Vol. 1, 2006, pág. 256.

⁷²⁸ ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, págs. 79 y ss.; LAMARCA PÉREZ, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, pág. 1337; también, MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, pág. 169, que identifica como bienes jurídicos protegidos “la seguridad interior del Estado [nombre de la rúbrica en la que se insertaban los delitos de terrorismo en el CP anterior] y la exclusividad del método democrático como instrumento de lucha política”, y, en la pág. 18, n.p. 26, argumenta que dicho bien jurídico debe fundamentarse en los arts. 6 y 7 de la CE, en cuanto excluyen el ejercicio de la actividad política y sindical fuera del respeto a la CE y a la ley, y exigen que la estructura interna y el funcionamiento de esos instrumentos de representación y participación sean democráticos (tesis apoyada también en los arts. 1 y 10 CE); LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, pág. 59, que identifica como bienes jurídicos protegidos “la paz pública en su acepción de estado colectivo de tranquilidad y sosiego por la propia vida y las vías democráticas de toma de decisiones políticas”. Menciona también la preservación del medio democrático: DE PRADA SOLAESA, *JpD*, N°25, 1996, pág. 74.

terroristas conductas que poco o nada tienen que ver con el terrorismo. Por ello me parecen interesantes las palabras de OEHMICHEN, que considera extremadamente peligroso el que muchas definiciones contengan un elemento adicional, la presencia de un objetivo ideológico, político o religioso, no siendo necesaria su inclusión. Aunque reconoce en cierto modo lo dicho por la anterior doctrina, pues dice que los objetivos, por sí mismos, no presentan un riesgo para la sociedad y que es más bien la determinación de seguir esos objetivos incondicionalmente lo que puede producir un gran daño, sí da un paso más al considerar que, debido a los riesgos que supone la inclusión de esas finalidades en la definición de que sea utilizada arbitrariamente en contra de cualquier oponente político, considera que debe restringirse a elementos objetivables (la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos)⁷²⁹. En esta misma dirección, reconoce TERRADILLOS BASOCO que todo delincuente, excluido el ocasional o el que lo es por imprudencia, decide colocarse frente al sistema cuando delinque. Y, sin embargo, se prefiere desconocer que este elemento es común a toda la delincuencia grave, y se reserva solo para el terrorista una respuesta específica, basada en consideraciones de peligrosidad criminal, en razón de los motivos, también específicos, que le impulsan a actuar. De este modo, se extiende la tipicidad a supuestos de discrepancia política o ideológica, haciendo primar lo subjetivo sobre lo objetivo-organizativo (siendo esto último a lo que responde el ordenamiento español)⁷³⁰.

Por último, con respecto a los fines, recojo la opinión de PAREDES CASTAÑÓN. El autor entiende que el hecho de poner en cuestión las creencias ajenas no debería poder ser considerado en ningún caso como un factor determinante de lesividad. Un Derecho penal respetuoso con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos debería prescindir del carácter político del “terrorismo” (que es irrelevante a efectos valorativos), sin perjuicio de que esa significancia política del terrorismo sea muy relevante a otros efectos, como por ejemplo para diseñar las estrategias de prevención de dichos delitos, las estrategias policiales para su persecución, el contenido del tratamiento penitenciario resocializador, etc.⁷³¹.

⁷²⁹ OEHMICHEN, *Terrorism and anti-terror legislation*, 2009, pág. 127. De la misma opinión: BAILONE, en: Díez-Picazo Giménez/Nieto Martín (Coord.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, págs. 538-539.

⁷³⁰ TERRADILLOS BASOCO, *Nuevo Foro Penal*, N°87, 2016, pág. 46-47.

⁷³¹ PAREDES CASTAÑÓN, *Anatomía do Crime*, N°4, 2016, pág. 37-38. También: ALDAVE ORZAIZ, *La guerra global contra el terrorismo*, 2018, págs. 205-207.

Por otro lado, la doctrina se ha preguntado si, desde un punto de vista objetivo, el terrorismo afecta realmente al sistema político o al Estado en su totalidad. SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, afirma que el terrorismo atenta contra el sistema democrático en tanto que intenta cambiar o destruir el orden político. es cierto que es difícil que a través de la actividad terrorista se llegue a la efectiva destrucción del sistema de derechos y libertades, pero considera que de ello no debe deducirse que el carácter político del terrorismo sea irrelevante a efectos valorativos. Así pues, llega a una conclusión parecida a la de los autores citados anteriormente, pues encuentra también el plus de gravedad de los delitos de terrorismo en su cuestionamiento del Estado de Derecho⁷³². SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ duda que el terrorismo ponga en peligro el orden democrático en su conjunto, y tampoco que la democracia como abstracción justifique el recorte de las libertades fundamentales⁷³³. DÍAZ FERNÁNDEZ, por su parte, opina que la capacidad de acción (incluso en acciones masivas como la del 11-S) no alcanza la potencia suficiente como para derrotar físicamente a un Estado o una comunidad política, pero sitúa la fuerza del mensaje terrorista en otro plano, en el de afectar a las opiniones públicas de los sistemas democráticos, con lo que estoy de acuerdo⁷³⁴. EBILE NSEFUM señala que yerran por exceso los tipos que se refieren al Estado en general⁷³⁵. CUERDA RIEZU indica que el poner en jaque al Estado en el terrorismo no presenta una variación sustancial a otros muchos delitos: otros asesinatos sin connotaciones terroristas también se oponen al Estado y al pacto social⁷³⁶. Y PAREDES CASTAÑÓN, por su parte, considera que las conductas calificadas como “terroristas”, allí donde las mismas no alcanzan al nivel de la rebelión (esto es, cuando permanecen en el nivel de la “guerrilla urbana”, con unos objetivos eminentemente expresivos, y sin capacidad militar para controlar territorio y/o población, o para enfrentarse a fuerzas militares regulares), es de dudosa aceptabilidad que afecten en alguna medida relevante a la estabilidad del sistema político. Sigue, diciendo que lo habitual es que el grupo armado apenas afecte al funcionamiento del sistema político estatal al que pretende enfrentarse, “conquistar” o “destruir”, etc. A lo sumo, con su acción violenta sería tan solo capaz de incidir sobre el imaginario político,

⁷³² SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, en: JUANATEY DORADO/SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES (Dir.), *Derechos del condenado*, 2018, pág. 185.

⁷³³ SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/MÉNDEZ RODRÍGUEZ/DIEGO DÍAZ-SANTOS, *El Derecho penal ante la globalización*, 2002, pág. 78.

⁷³⁴ DÍAZ FERNÁNDEZ, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, pág. 1348.

⁷³⁵ EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo, su concepto*, 1985, pág. 89.

⁷³⁶ CUERDA RIEZU, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 22.

sobre el sentido de (auto-)identidad de los agentes del sistema político, poniendo en cuestión o sometiendo a prueba la hegemonía de algunas de sus creencias más nucleares⁷³⁷. Aquí cabría traer a colación lo apuntado anteriormente sobre el caso del Estado Islámico, que durante los años 2014 a 2017 estaba presente de forma paraestatal en amplios territorios de Irak y Siria, si bien en una situación de conflicto armado⁷³⁸.

III. El terror, la inseguridad o la intimidación masiva como lesividad específica del terrorismo

Un sector importante de la doctrina hace descansar la especificidad jurídico penal del terrorismo sobre la base de que se dirige a crear o porque efectivamente crea un estado de terror o inseguridad en la sociedad o en parte de ella a través del ataque a bienes jurídicos individuales. Entonces, algunos lo formulan como un elemento subjetivo, y otros, como un elemento objetivo. U otros, como el TC, que sostiene que el terrorismo tiene como finalidad la causación de esa inseguridad, y que efectivamente lo consigue: “lo característico de este es el *propósito* y el *efecto* de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia de su carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado”⁷³⁹. Veamos algunos ejemplos.

ASÚA BATARRITA, por su parte, sostiene que la pretensión de generar un clima de terror, de restricción grave de la libertad por el miedo a resultar víctima de atentados es la característica más expresiva de la estrategia terrorista; y que, sin ella, no puede hablarse en puridad de terrorismo⁷⁴⁰. Para ella, como he señalado anteriormente, el plus de lesividad del terrorismo se sustenta en esa potencialidad atemorizante que deriva de los delitos fin de su actividad, mientras que los elementos subjetivos de finalidad operan como elementos cargados de significado expresivo, pero delimitados en el contexto de los delitos base⁷⁴¹. GARCÍA ARÁN señala que la finalidad de generar inseguridad, alarma social o temor como forma de actuación política es el fin penalmente relevante, pues el

⁷³⁷ PAREDES CASTAÑÓN, *Anatomía do Crime*, Nº4, 2016, pág. 37.

⁷³⁸ Ver *supra*: Excurso: La “Guerra contra el terrorismo”: ¿son legítimas las medidas militares contra el terrorismo? Algunas consideraciones en relación con el Derecho Internacional Humanitario.

⁷³⁹ STC 199/1987, 16 de diciembre, FJ 4.

⁷⁴⁰ ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 80.

⁷⁴¹ ASÚA BATARRITA, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Derecho penal del enemigo*, Vol. 1, 2006, págs. 273-274. Por ello, también entiende que los delitos de terrorismo se ocupan de la protección de “la paz pública como condiciones básicas de seguridad y libertad de la población en general, o de grupos de personas más o menos indeterminadas” (ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 80).

acto terrorista supera la lesión de los derechos de la víctima concreta para generar en los restantes ciudadanos la conciencia sobre su condición de hipotética víctima futura⁷⁴². GUZMÁN DÁLBORA, por el contrario, entiende que un elemento subjetivo de intimidación masiva no añade nada nuevo al producto antijurídico de un homicidio, unas lesiones o unos estragos. Para él, la conjetura de que la estrategia terrorista tendría dos víctimas, una inmediata, y otra mediata, colectiva, en la que se pretende influir por el miedo para coartar su seguridad y libertad, supera con largueza la función de los componentes subjetivos de la antijuridicidad. Solo en una circunstancia el daño mediato adquiere importancia jurídica. Si todo delito pudiera intimidar a individuos que no lo sufrieron, dato psicológico irrelevante para el punto de vista de la dogmática, en cambio la aplicación indiscriminada de la fuerza estatal, acaba inexorablemente por convertirse en terrorismo verdadero, el terrorismo de Estado⁷⁴³.

Se puede distinguir otro sector doctrinal que toma como factor de lesividad la utilización del terror como medio para conseguir los fines ulteriores, causando un estado de terror o de inseguridad en otras personas distintas a las directas destinatarias de los actos violentos, a través del mensaje amenazante que el acto terrorista envía.

Así, GARCÍA SÁNCHEZ, considera absolutamente imprescindible exigir la causación del terror en la población como un elemento innato a la definición, pues solo así se puede observar la gravedad de la situación⁷⁴⁴. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, sostiene que, junto a una estructura organizativa dotada de estabilidad, el terrorismo busca producir a través de la comisión de delitos graves el terror generalizado o una sensación de inseguridad dentro de un Estado como medio para alcanzar una finalidad política⁷⁴⁵. LLOBET ANGLÍ, por su parte, encuentra el plus de desvalor del terrorismo respecto de la delincuencia común en el hecho de que cada concreto acto de terrorismo contribuye a la creación de una situación de alarma o miedo colectivo idónea para alterar la normalidad de la convivencia ciudadana y el ejercicio de derechos fundamentales. Así, expone la autora que el hecho terrorista trasciende al daño concreto causado, ya que conlleva un

⁷⁴² GARCÍA ARÁN, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios PE*, T.II, 2004, págs. 2604-2605.

⁷⁴³ GUZMÁN DÁLBORA, en: AMBOS/MALARINO/STEINER (Ed.), *Terrorismo y derecho penal*, 2015, págs. 429-431.

⁷⁴⁴ GARCÍA SÁNCHEZ, *RGDP*, N°35, 2021, [versión sin paginar].

⁷⁴⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, pág. 1322.

mensaje delictivo ulterior que amenaza la seguridad del resto de la sociedad⁷⁴⁶. En parecido sentido, FARALDO CABANA mantiene que el hecho de que se impongan penas más graves a los miembros y dirigentes de organizaciones y grupos terroristas responde a una mayor capacidad para producir terror en la población y su idoneidad para afectar los fundamentos de la convivencia social y política, lo que se consigue con la utilización de medios especialmente violentos contra bienes jurídicos fundamentales (aunque la autora añade que ello implica necesariamente, a su vez, el uso de armas/explosivos)⁷⁴⁷. DÍAZ GÓMEZ señala que, al contrario que la delincuencia común, las actividades terroristas se desarrollan en el plano simbólico, pues además de los bienes jurídicos que lesiona, busca la mayor amplificación social posible de sus delitos, la mayor alarma ciudadana. Para el autor, este es el factor que mejor evidencia ese plus de peligrosidad del terrorismo: la violencia pública causa terror e incrementa la sensación de inseguridad de los ciudadanos⁷⁴⁸. TEIXEIRA entiende que el terrorismo es una estrategia amenazante que involucra delitos cometidos contra una víctima inmediata (asesinatos, lesiones, secuestros, etc.), cometidos alevosa y públicamente, y que, a través de los efectos psicológicos buscados de dichos actos, lesionan simultáneamente los intereses de seguridad y libertad de un grupo de personas o de toda una población (víctima indirecta). Esto, el ataque deliberado y simultáneo a una víctima directa e indirecta, constituye para él la esencia del terrorismo, que debe entenderse más como un *modus operandi* o como una estrategia de acción que como un movimiento político o una ideología, lo que, para el autor, permite desechar prejuicios y evitar el uso político sesgado del concepto⁷⁴⁹. CAPITA REMEZAL entiende que las acciones terroristas ponen en peligro el derecho a la vida, la integridad física y la libertad de las personas, siendo habitualmente las víctimas personas extrañas a los móviles que los han inspirado y normalmente sin posibilidad de repeler la agresión, lo que crea un desasosiego e inseguridad general debido a que la falta de discriminación de los terroristas a la hora de elegir los objetivos e induce que en la mente de todos esté que cualquiera puede ser víctima del terrorismo⁷⁵⁰.

⁷⁴⁶ LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, pág. 56. Le siguen: NÚÑEZ CASTAÑO, *Los delitos de colaboración*, 2013, pág. 77; MENDOZA CALDERÓN, en: PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, pág. 50.

⁷⁴⁷ FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, 2012, pág. 190.

⁷⁴⁸ DÍAZ GÓMEZ, en: PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, págs. 209-210.

⁷⁴⁹ TEIXEIRA, *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, N°2, 2013, pág. 76.

⁷⁵⁰ CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 2008, pág. 54-57.

También hay quien entiende el terror como medio o como fin. CASTELLVÍ MONSERRAT afirma que el elemento del que no puede prescindir el terrorismo sin desnaturalizarse totalmente es la pretensión de generar un ambiente de terror que afecte a amplios ámbitos de la población, sea como medio o como fin en sí mismo. Tratar de obligar a los poderes públicos a abstenerse de realizar un acto únicamente sería considerado como delito de terrorismo si el medio para lograrlo fuera la creación de una situación de intimidación masiva en la sociedad producida por la comisión de determinados delitos graves. Las acciones inidóneas para originar un estado de terror de tal intensidad que pueda impedir el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, no deberían ser consideradas terroristas⁷⁵¹.

Podría poner más doctrina, pero creo que las manifestaciones de estos autores son suficientes para plasmar la extendida configuración del terrorismo como una delincuencia que causa terror o inseguridad en la población. Ahora bien, aunque de la doctrina anterior pudiera desprenderse que la mayoría se decanta por la apreciación de este elemento en su vertiente objetiva (en el sentido de que hablan de una creación efectiva de terror, y únicamente de una pretensión o finalidad de crearlo), es cierto que después muchos (la mayoría) se conforman con su previsión legal como un elemento subjetivo, sin exigir ciertamente la causación efectiva de ese terror.

PAREDES CASTAÑÓN también se pregunta si tal mayor lesividad se podría derivar de que las conductas terroristas fueran siempre delitos masa, que tendrían por víctimas a una multitud de personas, a la directa de la acción lesiva y a todas aquellas a las que el mensaje amenazante inherente a la acción terrorista va dirigido. En contra de la doctrina mayoritaria, el autor rechaza esta posibilidad, aduciendo dos razones. En primer lugar, porque una buena parte de las acciones violentas procedentes de grupos armados no reúnen la condición de idoneidad para transmitir el mensaje intimidatorio pretendido, por falta de credibilidad por la debilidad militar del agente⁷⁵². En segundo lugar, aun en aquellas pocas ocasiones en las que la amenaza resulte creíble, el hecho de que se trate

⁷⁵¹ CASTELLVÍ MONSERRAT, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/HORTAL IBARRA (Coord.), *Manual PE*, T.1, 2ª ed., 2019, págs. 840-841.

⁷⁵² En contra: SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, en: JUANATEY DORADO/SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES (Dir.), *Derechos del condenado*, 2018, pág. 184, que afirma que, a la vista de la dimensión global que ha adquirido el terrorismo yihadista, con acciones dirigidas a causar masacres indiscriminadas a lo largo y ancho del planeta, no puede dudarse que los actos son idóneos para transmitir el mensaje intimidatorio, y no es acertado dudar de ella por falta de credibilidad o por incapacidad de la amenaza.

siempre de amenazas colectivas, no individuales, hace que únicamente en condiciones muy determinadas tengan la capacidad para afectar suficientemente a la libertad individual de los miembros del grupo social amenazado. En concreto, únicamente cuando se dan tres condiciones: que los individuos ostenten una misma identidad social; que los miembros del grupo social sean particularmente vulnerables a la lesión de sus bienes jurídicos individuales por su pertenencia a dicho grupo; y solo existe lesión de la seguridad de un grupo social vulnerable, a través del ataque a los bienes jurídicos individuales de sus miembros, cuando las características del ataque, unidas a los rasgos del grupo social hacen que la reacción racional de los miembros del grupo social sea la de autolesionar, o consentir en la lesión por parte de terceros, de otros bienes jurídicos suyos (de la misma víctima o de otros miembros del grupo, que se ven a sí mismos, racionalmente, como víctimas potenciales) que en principio no han sido afectados por la lesión directa inicial. Ello significa que, para el autor, el argumento del terrorismo como delito masa solo resulta aceptable en casos muy específicos, y precisamente en aquellos supuestos en los que no se acude al Derecho penal antiterrorista. Por el contrario, en la inmensa mayoría de las ocasiones (ejemplo: una acción armada contra un miembro de las fuerzas de seguridad o un líder político), la acción “terrorista” no es (aparte de, por supuesto, el delito de homicidio, lesiones, secuestro, etc.) más que una amenaza genérica, apenas relevante: bien por falta de credibilidad, o bien por ir dirigida contra quien (todos los restantes agentes de policía o líderes políticos) no puede ser considerado en ningún caso como miembro de un grupo particularmente vulnerable, necesitados de una protección extraordinaria de su seguridad.

En una línea similar a la anterior, pero con un resultado distinto se encuentra la opinión de PASTRANA SÁNCHEZ. Ella encuentra que el desvalor adicional del terrorismo proviene de la propia estrategia de comunicación en la que se basa el terrorismo, y en su propio funcionamiento: son organizaciones que articulan sus actividades en torno a unas exigencias dirigidas al poder institucional. Esas exigencias se trasladan al Estado y al debate público mediante la reivindicación de la autoría de asesinatos, secuestros, extorsiones y otros delitos graves, que se cometen para generar terror y que, se dice, cesarán en caso de cumplirse dichas exigencias. La actividad terrorista entonces se configura como una modalidad especialmente impactante de amenazas condicionales: el terrorista amenaza con un mal que por sus actos previos ya ha demostrado que puede infligir, razón por la cual no solo amenaza, sino que crea efectivo terror, y esa posibilidad

de repetición de actos que le permite aterrorizar proviene de su estructura organizativa. Por consiguiente, es en ese contexto en el que han de buscarse los intereses colectivos afectados. Ese plus de desvalor (que no se encuentra ya contemplado en el injusto propio de la organización criminal común, y que es también distinto de la afección a los bienes jurídicos concretos que se lesionan mediante la violencia) está constituido por dos factores: en primer lugar, el terrorismo ataca a la *libertad* que ha de poseer el propio Estado para autorregularse como la ciudadanía decida, con el único límite de su propia soberanía; en segundo lugar, el terrorismo afecta a la *seguridad*, no en el sentido vacío o autoritario del término, sino como salvaguarda de la capacidad del Estado para mantener un escenario en el que la opinión pública se forme libremente y las decisiones se tomen de igual modo. A semejanza de lo que ocurre con las amenazas comunes, se trata de la seguridad para la conformación libre de la voluntad, con la diferencia de que aquí no se hace referencia a la libertad y seguridad de una persona concreta, sino de toda la ciudadanía en su conjunto, y que es especialmente relevante para la formación de una opinión pública necesaria para la sustentación de un Estado democrático. Esa peculiar amenaza ha de ser seria y firme, lo cual no comporta la exigencia de que se consiga quebrar la voluntad del amenazado, ni que éste se sienta “inseguro” (no se trata, por tanto, de un sentimiento individual de inseguridad), pero sí debe constituir, desde el punto de vista del “ciudadano medio”, una amenaza “real”⁷⁵³. SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, por su parte, también opina que el acto terrorista no se agota en el daño causado a un sujeto concreto, pues la ciudadanía percibe la posibilidad de ser víctima de futuros atentados, lo que la coloca en una posición de temor por su seguridad que incide en su libertad, condicionado su toma de decisiones o la ejecución de las ya adoptadas⁷⁵⁴.

IV. El terrorismo y la criminalidad organizada

Existe otro elemento esgrimido como configurador del terrorismo: la perpetración de delitos desde una estructura organizada. Así, entiende abundante doctrina que el terrorismo se basa en un elemento organizativo, el cual conjugan generalmente con otro

⁷⁵³ PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, págs. 206-208. Le sigue: FERNÁNDEZ GARCÍA, *Revista penal México*, N°21, 2022, pág. 146.

⁷⁵⁴ SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, en: JUANATEY DORADO/SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES (Dir.), *Derechos del condenado*, 2018, pág. 184.

u otros elementos⁷⁵⁵ (pues si lo que únicamente aumentara la lesividad de los delitos de terrorismo fuera la comisión de los delitos desde una organización o grupo criminal, sería suficiente con acudir a su tipificación común⁷⁵⁶).

En primer lugar, cabría citar a aquellos autores que, al estudiar los delitos de terrorismo y no encontrar una lesividad específica, reconocen que lo único relevante podría ser la comisión de los delitos desde una estructura organizada. Así, CUERDA RIEZU señala que “la única justificación de un trato peyorativo y excepcional del terrorismo sería la ejecución de sus actos mediante una organización armada y estructurada; pero esto solo justificaría la agravación moderada de la pena, pero no legitimaría el amplio abanico de conductas especialmente castigadas cuando se califican como terrorismo ni la gravedad de las penas”⁷⁵⁷. PAREDES CASTAÑÓN, por su lado, apunta a que lo único específico que resta en algunos de los delitos de terrorismo es el hecho de que sean cometidos no de manera individual, sino por grupos u organizaciones criminales (aunque ello no es particular de los delitos de terrorismo). Para él, entonces, el origen de algunos delitos terroristas en el seno de organizaciones criminales puede llegar a justificar, a lo sumo, un adelantamiento de las barreras de protección”⁷⁵⁸, pero no las variopintas especialidades que no solo en Derecho penal sustantivo presenta el terrorismo.

No es este el lugar para detenerme en el amplio debate doctrinal sobre el injusto específico de los delitos de organización en general. Se plantean las siguientes posiciones doctrinales al respecto. En primer lugar, quienes no encuentran un injusto específico en los delitos asociativos o de organización y por ello abogan por su expulsión del ordenamiento. Otros, que defienden que el bien jurídico que protegen estos delitos es el correcto ejercicio del derecho de asociación. Un tercer sector, que entiende que los delitos

⁷⁵⁵ SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, pág. 148; GARCÍA VALDÉS/MESTRE DELGADO/FIGUEROA NAVARRO, *Lecciones PE*, 2011, 1ª ed., pág. 273; CANCIO MELIÁ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho Penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 52; TERRADILLOS BASOCO, *Nuevo Foro Penal*, N°87, 2016, pág. 34; QUINTERO OLIVARES, en: MORENO CATENA/ARNAIZ SERRANO (Dir.)/MARTÍNEZ SOTO (Coord.), *El Estado de Derecho a prueba*, 2017, pág. 22; PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, 2017, págs. 323 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, pág. 1322; LAMARCA PÉREZ, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, pág. 1345; CASTELLVÍ MONSERRAT, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/HORTAL IBARRA (Coord.), *Manual PE*, T.1, 2ª ed., 2019, págs. 840-841; PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, pág. 206; GARCÍA SÁNCHEZ, *RGDP*, N°35, 2021, [versión sin paginar].

⁷⁵⁶ FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, 2012, pág. 187; PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, pág. 201.

⁷⁵⁷ CUERDA RIEZU, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 22.

⁷⁵⁸ PAREDES CASTAÑÓN, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pág. 81.

asociativos implican supuestos de anticipación de la intervención penal por la peligrosidad que su actuación potencial representa. También están aquellos que entienden que estos delitos protegen independientemente ataques contra bienes jurídicos colectivos como el orden público, la paz pública o la seguridad (con sus distintos adjetivos acompañantes). Y, por último, hay autores que combinan algunas de las anteriores teorías⁷⁵⁹.

Un sector de la doctrina se decanta por la idea de la anticipación penal como injusto de los delitos de organización terrorista. En el campo específico del terrorismo, es de esta opinión, por ejemplo, ASÚA BATARRITA. Para ella no cabe duda de que la justificación del adelanto punitivo en la asociación terrorista se basa en la gravedad de los delitos para cuya comisión se articula la organización estable. Entonces, el núcleo de gravedad se asienta en los delitos-fin del grupo, además de en la real amenaza que supone su existencia⁷⁶⁰.

También hay quienes se decantan por identificar un bien jurídico colectivo autónomo en los delitos de organización. FARALDO CABANA, afirma que el bien jurídico protegido en los delitos de asociación ilícita (en general) no solo es autónomo respecto de los bienes lesionados por los delitos-fin, sino que debe ser supraindividual, concretándose, para ella, en la seguridad ciudadana (entendida en un sentido objetivo y material de prevención de la comisión de delitos)⁷⁶¹. Pues, aunque reconoce que la estructura de los delitos de asociación ilícita y de organización y grupo criminal es la de actos preparatorios y su fundamento último es, en principio, similar al de los actos preparatorios, el injusto no acaba ahí: la intervención de varias personas en el marco de una asociación ilícita, organización o grupo criminal supone un peligro para la seguridad ciudadana, al no depender la puesta en peligro o la lesión de los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal de la decisión autónoma de una sola persona, sino del conjunto de voluntades, con la consiguiente pérdida de control individual sobre el

⁷⁵⁹ Sobre las distintas posiciones: FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, 2012, págs. 201 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, págs. 88, 96 y ss.

⁷⁶⁰ ASÚA BATARRITA, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Derecho penal del enemigo*, Vol. 1, 2006, págs. 264-268. Esta idea también la defienden: GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/CARPIO BRIZ, DAVID (Coord.), *La seguridad pública*, 2010, pág. 71, con algunos matices; GIL GIL, en: AMBOS/MALARINO/STEINER (Ed.), *Terrorismo y derecho penal*, 2015, pág. 339. Defienden también la anticipación como injusto para los delitos de organización en general: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), *EPB*, 2002, págs. 104-105; BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, pág. 152.

⁷⁶¹ FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, 2012, págs. 232 y ss.

suceso⁷⁶². CANCIO MELIÁ⁷⁶³, por su parte, es uno de los autores destacados en el análisis del contenido de este elemento organizativo como injusto sustancial de los delitos de terrorismo. Tras analizar las teorías más extendidas, concluye que la anticipación, aunque es una posibilidad, presenta la dificultad de imputar tal injusto por separado a cada uno de los miembros de la organización⁷⁶⁴. Entonces, el autor se decanta porque el injusto de los delitos de terrorismo en cuanto delitos de organización consiste en la arrogación política de un ámbito de organización genuinamente estatal⁷⁶⁵, del monopolio de violencia del Estado, que solo un colectivo con suficiente densidad puede afectar. Este requisito, para él, toma aún más fuerza si de organizaciones terroristas se trata, pues su programa de actuación tiene un significado inmediatamente político e implica la comisión masiva de delitos muy graves⁷⁶⁶.

Se decante la doctrina por una justificación u otra, lo que sí es mayoritario en el ámbito del terrorismo es la consideración de que las conductas, para cualificarse como tales, deben tener el apoyo de una organización, que actúa como base para repetición de los actos, para conseguir sembrar esos “estados de terror” o para afectar al sistema político.

Por ejemplo, PÉREZ CEPEDA, que afirma que el uso indiscriminado de la violencia grave contra las personas o grupo de personas capaz de perjudicar gravemente a un país como táctica política que tenga como fin suprimir el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, que fundamenta el desvalor jurídico en el terrorismo, convierte en necesario que el sujeto actúe en una organización. Esta conducta solo puede realizarse cuando existe una estructura organizada estable, desde la que se planifican tales delitos, lo que dota de verosimilitud a la amenaza para el país, al existir la posibilidad de una reiteración de estos. La organización es la que proporciona el sustrato necesario para que exista el peligro concreto o hipotético para el bien jurídico tutelado, además de hacer posible la finalidad política perseguida con proyección⁷⁶⁷. TERRADILLOS BASOCO, asume que, si alguna

⁷⁶² Ibid., pág. 237.

⁷⁶³ CANCIO MELIÁ, *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, N°74, 2008, págs. 245-287; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, págs. 85 y ss.; CANCIO MELIÁ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), *Estudios*, 2011, págs. 643-670.

⁷⁶⁴ CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, págs. 118 y ss.

⁷⁶⁵ CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, págs. 126 y ss.; CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio*, 2019, págs. 153-154.

⁷⁶⁶ CANCIO MELIÁ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 52.

⁷⁶⁷ PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, 2017, pág. 323-324.

justificación puede tener el tratamiento penal diferencial del crimen terrorista frente a la delincuencia común es su capacidad de reiterar los actos de violencia grave, lo que requiere un aparato organizado (incluso embrionariamente), pues de otra forma el delito puede ser execrable, pero no anuncio serio de males futuros. Para el autor, alcanzar cotas de lesividad y peligrosidad objetiva relevantes requiere aportes colectivos, la actuación de un aparato organizativo que, con dosis variables de estabilidad, jerarquización y división de funciones, es *conditio sine qua non* de peligrosidad expansiva en el tiempo y en el espacio, siendo el medio idóneo para difundir el terror⁷⁶⁸. LAMARCA PÉREZ, que señala que solo puede imputarse a la organización terrorista el conjunto de las diferentes acciones violentas, pues es quien dota de unidad y continuidad al plan o diseño político y da coherencia al modo de conseguirlo⁷⁶⁹. PASTRANA SÁNCHEZ considera necesario que los ataques se perpetren desde o con el apoyo de una estructura organizada, pues los ataques individuales y aislados parecen medios inidóneos para la afectación del bien jurídico protegido⁷⁷⁰. Según defiende, la estructura organizativa no solo proporciona al terrorismo los recursos personales y materiales necesarios para la comisión de atentados (pluralidad de individuos que se traduce en una fungibilidad de sus miembros, reparto de funciones y tareas, recursos económicos, etc.), sino que también facilita la creación de estrategias propagandísticas y su difusión a un nivel imposible de conseguir para una persona aislada⁷⁷¹. O GÓMEZ MARTÍN, que defiende que un colectivo organizado que desarrolla su actividad de forma sistemática y que coordina de forma institucional las diferentes aportaciones individuales de sus miembros, “añade al correspondiente delito un triple elemento comunicativo: la permanencia del peligro latente, el anuncio de la reiteración delictiva y, por último, la capacidad de la organización para seguir atemorizando a la población”. Este mismo autor resume las características que debe reunir la organización terrorista en las siguientes: debe integrar una pluralidad de personas;

⁷⁶⁸ TERRADILLOS BASOCO, *Nuevo Foro Penal*, N°87, 2016, págs. 33-34.

⁷⁶⁹ LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 35-36.

⁷⁷⁰ PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, págs. 206-207. Recuerdo que, para ella, los bienes jurídicos protegidos por los delitos de terrorismo serían la libertad que ha de poseer el propio Estado para autorregularse como la ciudadanía decida; y la *seguridad* como salvaguarda de la capacidad del Estado para mantener un escenario en el que la opinión pública y las decisiones se tomen libremente.

⁷⁷¹ PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, págs. 206-208.

organizarse jerárquicamente; dotada de estabilidad; y sus miembros deben ser fungibles⁷⁷².

Ahora bien, también se han alzado voces que no consideran imprescindible este elemento estructural y que, por tanto, admiten la posibilidad de comisión individual de delitos de terrorismo⁷⁷³. Esta corriente doctrinal no es nueva⁷⁷⁴, pero sí ha cobrado más protagonismo en los últimos años, teniendo en cuenta la *expansión* del terrorismo de corte yihadista⁷⁷⁵. Este tipo de terrorismo, el *yihadista*, se dice que, por sus métodos de actuación y por su forma organizativa, representada por células dispersas sin una estructura orgánica clara y por los denominados “lobos solitarios”, debe diluir necesariamente la exigencia del elemento organizativo para que determinadas conductas no queden fuera de la esfera del Derecho penal antiterrorista.

V. Conclusiones y toma de posición

El terrorismo es un término construido socialmente, altamente politizado, utilizado según los intereses de quien lo emplea y con una carga emocional negativa sin igual. Su utilización en Derecho penal exigiría la delimitación real de sus fronteras, identificando los núcleos de lesividad específica que hacen distinta la conducta violenta terrorista de otras conductas violentas. La solución de los autores que plantean la

⁷⁷² GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/CARPIO BRIZ, DAVID (Coord.), *La seguridad pública*, 2010, págs. 76 y 66-67. También: FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, 2012, págs. 57 y ss., 237.

⁷⁷³ Entre otros: GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, *Cuadernos de derecho público*, N°11, 2000, págs. 237-238; GONZÁLEZ CUSSAC, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pág. 73; LLOBET ANGLÍ, en: PÉREZ CEPEDA (Dir.)/RUIZ ARIAS (Ed.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo*, 2017, págs. 96-97; ALIABASI, *Die staatsgefährdende Gewalttat*, 2017, pág. 83; CAMPO MORENO, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, págs. 1306-1307; SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, en: JUANATEY DORADO/SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES (Dir.), *Derechos del condenado*, 2018, págs. 188-198; FERNÁNDEZ GARCÍA, *Revista penal México*, N°21, 2022, págs. 149-150.

⁷⁷⁴ Por ejemplo, EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo, su concepto*, 1985, págs. 134-135, señala que no se puede considerar terrorista un delito único cometido por un sujeto individual, pero sí puede darse la posibilidad de que un sujeto individual pueda llegar a crear una situación de terror con una pluralidad de conductas delictivas; o CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, 1997, págs. 36-37, que entiende que el factor organizativo no puede reputarse como un elemento de la definición del terrorismo, pues no deja de ser un dato criminológico real que llevará en la mayoría de los supuestos a incardinar al terrorista en el seno de una banda armada, pero no puede erigirse en elemento formal de la definición. Reitera esta opinión años más tarde en: CAMPO MORENO, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, págs. 1306-1307.

⁷⁷⁵ Como ya he apuntado, el elemento estructural no ha sido ni mucho menos algo decisivo en las *definiciones* internacionales, y esa es la opción por la que firmemente se decanta también el legislador español a partir de 2015. Ver *supra*: La Asamblea General y la aproximación convencional sectorial en materia de terrorismo y La definición internacional del terrorismo: ¿un consenso en el horizonte o una misión imposible?; ver *infra*: ¿Y el elemento estructural u organizativo?.

reconducción de las conductas violentas consideradas como terrorismo a otros delitos cuyos límites se encuentran mejor delimitados es ciertamente una opción coherente con la problemática definitoria tan compleja que presenta el terrorismo como fenómeno social. No obstante, además de ser una solución inviable, creo que sí es posible diferenciar en algún aspecto el terrorismo de los delitos base sobre los que asienta su cualificación como tal.

Las afirmaciones citadas anteriormente que exponen que el terrorismo supone un ataque al sistema político en su conjunto, en mi opinión, son amplias y podrían resultar desmedidas. Con ellas, no puede identificarse correctamente un núcleo de lesividad. Parece que, aunque se cometan atentados especialmente graves, es difícil concebir cómo eso puede poner en jaque al Estado democrático. Para que determinados actos de violencia pongan en jaque real al Estado democrático creo que estaríamos en una situación de estado de excepción, o a las puertas o dentro de una situación de conflicto armado, que se rige por otro Derecho. No obstante, sí que creo que la caracterización jurídica del terrorismo debe incorporar de algún modo su significación política, pues utiliza la violencia como vía para el cambio, en lugar de los cauces que ofrece el sistema democrático.

Ahora bien, lo anterior no puede formularse como un elemento teleológico de significación política, pues no parece por sí mismo un factor suficiente de lesividad que fundamente la existencia de delitos específicos de terrorismo (como, de hecho, ocurre en la legislación española vigente). Además, con su configuración como elemento subjetivo se corre el peligroso riesgo de catalogar como terrorista al opositor político o al disidente. La finalidad política sí resulta crucial como elemento diferenciador del terrorismo de otras conductas delictivas y en términos criminológicos, pero no puede ser por sí misma un factor de lesividad. Por ello, creo que la utilización de la violencia como vía para el cambio en vez de los cauces que ofrece el sistema democrático debe poder objetivarse, debe poder constatarse la afectación a la estabilidad del orden democrático.

Ya he señalado anteriormente cómo la doctrina mayoritaria se decanta por la apreciación de que la intención de causar terror en el público o la efectiva atemorización de personas es el rasgo que define el plus lesivo del terrorismo. Aquellas opiniones pueden resultar convincentes a simple vista, sin embargo, si indagamos un poco más, nos topamos con muchos interrogantes. Resulta ciertamente resbaladizo emplear jurídicamente conceptos como el de *inseguridad* o el de *terror*. Y de ello surgen

numerosos interrogantes: ¿Cómo se cuantifica el grado de terror que siente una población o una parte de ella? El terror y la inseguridad, al ser sentimientos, pueden tener origen irracional⁷⁷⁶, por lo tanto, ¿Cómo se miden esos sentimientos en relación con el riesgo o la amenaza? ¿Cuántas personas deben sentir terror o inseguridad para considerar que estamos ante un grupo considerable de personas aterrorizadas que cualifiquen delitos a delitos terroristas? En la sociedad global en la que vivimos, ¿se añade también al terror o inseguridad sentido los atentados perpetrados en países culturalmente similares al nuestro? ¿Únicamente ocasiona terror, inseguridad o intimidación en la población el terrorismo?⁷⁷⁷ Todas estas preguntas, por supuesto, no pretenden ser respondidas, pues algunas de ellas requerirían de un estudio distinto, no jurídico. Sin embargo, sí sirven para mostrar las dificultades ante las que nos encontramos si incorporamos a la conceptualización términos de ese tipo, y alguna doctrina sí las tiene en cuenta en sus argumentaciones.

Sobre todo, a partir de 2001, la comunidad internacional, los agentes políticos estatales, los medios de comunicación y la doctrina han descrito la amenaza del terrorismo (no estatal) como una de las más serias amenazas a la seguridad y a la democracia⁷⁷⁸. A mayor abundamiento, la amenaza del terrorismo yihadista se entiende como una amenaza ubicua, lo que coadyuva a propagar la idea de que el terrorismo supone la mayor amenaza a la que se enfrentan los países occidentales, ya que puede aparecerse en cualquier momento y lugar. Con ello no quiero de ningún modo menospreciar el peligro que supone el terrorismo (yihadista). Pero no conviene exagerarlo introduciendo discursos del miedo y manteniendo para esta amenaza la situación de excepcionalidad de otros tiempos o de otras situaciones. Al hilo de esto entiende PAREDES CASTAÑÓN que con el terrorismo se da un fenómeno social llamado “pánico moral”. Se trata de un mecanismo (ideológico) a través del cual se concentra la atención de la ciudadanía en un determinado momento,

⁷⁷⁶ TORRENTE, *Desviación y delito*, 2001, pág. 147: “El miedo (...) en ocasiones es resultado de una percepción correcta de una amenaza real, en otras, surge de una percepción deformada de la realidad o el sentimiento es desproporcionado en relación con el riesgo. El miedo y la sensación de inseguridad tiene importancia en la vida colectiva. El miedo debilita los lazos comunitarios: las personas se cierran más en su privacidad, se evitan ciertos lugares y actividades, y aumenta la intolerancia... También deslegitima a las instituciones y favorece políticas reaccionarias”.

⁷⁷⁷ En este sentido, CUERDA RIEZU, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 21, sostiene que la capacidad de amedrentar de los delitos de terrorismo no es específica de estos, pues otros delitos, aunque sin necesariamente quererlo el autor, pueden causar un efecto de intimidación en otros ciudadanos. Piénsese, por ejemplo, en la conmoción que puede causar un asesino o un violador que deja varias víctimas en una misma ciudad en un corto periodo de tiempo, y no es detenido por las autoridades policiales.

⁷⁷⁸ JACKSON/BREEN-SMYTH/GUNNING/JARVIS, *Terrorism: A Critical Introduction*, 2011, pág. 125.

sobre una cierta tipología de víctima, de delito y de delincuente. Los elementos del pánico moral son: la existencia de una preocupación (emocionalmente cargada); la personificación del problema en ciertos sujetos estereotípicos; la existencia de un consenso generalizado acerca de la existencia de un auténtico problema y de que “hay que hacer algo” para solucionarlo; la desproporción de la reacción (en atención a la gravedad real del problema); y la volatilidad del miedo. El debate sobre el “terrorismo” en las sociedades occidentales contemporáneas es un claro ejemplo de ello, pues el riesgo percibido por la sociedad es claramente exagerado si se compara con los datos reales⁷⁷⁹. Si atendemos a los datos estadísticos, los atentados no se cometen en España ni en territorio de la UE generalmente. Los mayores y más sangrientos ataques se producen en terceros países. Cuando ETA mataba, quizás el mensaje intimidatorio sí podía calar en la sociedad española (y francesa), pues se trataba de ataques continuos. Hoy en día, el problema del terrorismo (y de otro tipo de violencias) se concentran en países que no pertenecen a la denominada *sociedad occidental*. De acuerdo con los datos extraídos del GTI 2020⁷⁸⁰, que se refiere a los ataques terroristas sucedidos globalmente en 2019, el 80% de las muertes por terrorismo se concentraron en diez Estados (Afganistán -40%-, Nigeria -9%-, e Irak, Siria, Yemen, Somalia, Burkina Faso, Mali, República Democrática del Congo y Mozambique, con un 4% cada uno respectivamente). En Europa, según este mismo informe, las muertes por terrorismo ascendieron a 58 (40 de ellas, en Turquía). En el informe GTI 2022, los países más afectados por el terrorismo siguen siendo los mismos,

⁷⁷⁹ PAREDES CASTAÑÓN, *Anatomía do Crime*, Nº4, 2016, págs. 31-32.

⁷⁸⁰ Global Terrorism Index 2020: Measuring the Impact of Terrorism, *Institute for Economics and Peace*, Sidney, noviembre de 2020. Puede consultarse en: <https://www.visionofhumanity.org/wp-content/uploads/2020/11/GTI-2020-web-1.pdf> (último acceso 19/03/2023). El informe GTI es elaborado por el *Institute for Economics and Peace* a partir de datos de la GTD y otras fuentes. Los datos de la GTD son recogidos y cotejados por el START Consortium de la Universidad de Maryland (National Consortium for the Study of Terrorism and Responses to Terrorism). En el GTI se define el terrorismo como “la amenaza o el uso real de la fuerza ilegal y la violencia por parte de un actor no estatal para alcanzar un objetivo político, económico, religioso o social a través del miedo, la coacción o la intimidación”. Esta definición reconoce que el terrorismo no es sólo el acto físico de un ataque, sino también el impacto psicológico que tiene en una sociedad años después. Para ser incluido como incidente en la GTD, el acto tiene que ser “un acto intencionado de violencia o amenaza de violencia por parte de un actor no estatal”. Esto significa que un incidente debe cumplir tres requisitos para que se contabilice como un acto terrorista en el GTI: 1. El incidente debe ser intencionado, es decir, el resultado de un acto consciente por parte de su autor. 2. El incidente debe implicar algún nivel de violencia o amenaza de violencia, incluidos los daños a la propiedad y la violencia contra las personas. 3. Los autores de los incidentes deben ser actores no estatales. Además de esta definición, deben cumplirse dos de los tres criterios siguientes para ser incluidos en la base de datos del START: 1. Que el acto violento esté dirigido a la consecución de un objetivo político, económico, religioso o social. 2. Que el acto violento incluya pruebas de la intención de coaccionar, intimidar o transmitir algún otro mensaje a un público más amplio que a las víctimas inmediatas. 3. Que el acto violento quede fuera de supuestos en los que sea de aplicación el DIH.

y se añaden Níger y Pakistán⁷⁸¹. De acuerdo con el informe anual de la UE sobre situación y tendencias del terrorismo, conocido como TE-SAT, diez personas murieron como consecuencia de ataques terroristas dentro del territorio de la UE en el año 2019⁷⁸², 21 personas en 2020⁷⁸³ y dos en 2021⁷⁸⁴. Al momento de escribir estas páginas, el último atentado de ETA tuvo lugar en 2009⁷⁸⁵ y los últimos atentados mortales considerados oficialmente terroristas en España fueron los ocurridos en Cataluña en agosto de 2017⁷⁸⁶ y un atropello ocurrido en Murcia en 2021 que acabó con la vida de una persona⁷⁸⁷. Están siendo investigados también como terroristas, el apuñalamiento a dos párrocos en Algeciras ocurrido en enero de 2023, y el envío de seis cartas-bomba dirigidas al presidente del gobierno español, a la ministra de Defensa, a la Embajada de Ucrania en España, etc., en noviembre de 2022 (sin víctimas). A pesar de estas cifras, el Nivel de

⁷⁸¹ Global Terrorism Index 2022: Measuring the Impact of Terrorism, *Institute for Economics and Peace*, Sidney, marzo de 2022. Consulta: <https://www.visionofhumanity.org/wp-content/uploads/2022/03/GTI-2022-web-09062022.pdf> (último acceso 19/03/2023). Es tremendamente ilustrativa la gráfica que se encuentra en la pág. 29 del GTI 2022, que compara los ataques terroristas en Estados Unidos y Europa con el resto del mundo.

⁷⁸² TE-SAT 2020, *Europol*, de 23 de junio de 2020.

⁷⁸³ TE-SAT 2021, *Europol*, 22 de junio de 2021.

⁷⁸⁴ TE-SAT 2022, *Europol*, 13 de julio de 2022.

⁷⁸⁵ El día 30 de julio de 2009 estalló un vehículo de la Guardia Civil aparcado frente al cuartel provisional de Palmanova, en la localidad mallorquina de Calviá. Como resultado del atentado murieron dos guardias civiles que estaban subiéndose al coche.

⁷⁸⁶ El 17 de agosto de 2017, alrededor de las cinco de la tarde, un sujeto arrolló con una furgoneta a una multitud de personas en las Ramblas de Barcelona, cobrándose la vida de quince personas e hiriendo a 131. Una de las personas heridas, falleció diez días después, elevando la cifra a dieciséis. El conductor de la furgoneta logró escapar a pie; y, a las 18:20 horas, robó un coche apuñalando a su conductor (que murió desangrado horas después) para huir de la ciudad, arrollando por el camino a un policía. Horas más tarde, el Estado Islámico reivindicó el atentado mediante la agencia de noticias Amaq.

En la noche del 17 al 18 de agosto, a la 1:15 horas, se produjo otro atentado en el municipio de Cambrils. Cinco personas fueron abatidas tras intentar saltarse un control policial de los Mossos d'Esquadra y atropellar a seis personas, tres de ellas policías. Una séptima persona fue herida en la cara por una agresión de uno de los sujetos, que logró recorrer unos metros antes de ser también abatido. Una de las mujeres apuñaladas en Cambrils murió horas después.

Tras los atentados, hubo cuatro detenidos en dos municipios catalanes, tres en Ripoll y uno en Alcanar. Según los Mossos d'Esquadra, el atropello en Barcelona estaría relacionado con una explosión que ocasionó el derrumbe de una casa en Alcanar un día antes, el 16 de agosto. En esta casa había numerosas bombonas de butano y explosivos de fabricación casera. Según la policía, esta explosión obligó a cambiar los planes de estos sujetos, que optaron precipitadamente por el atropello masivo en la Rambla. El 19 de agosto se identificó al imán de Ripoll como el “agente radicalizador” de los jóvenes terroristas y posible cabecilla de la célula, si bien había muerto en la explosión de la casa de Alcanar, como se confirmaría el 21 de agosto. Ese mismo día fue abatido el autor del atropello de Barcelona, tras cuatro días de huida.

Puede verse la SAN 15/2021, de 27 de mayo.

⁷⁸⁷ “La Audiencia Nacional abre una causa por posible delito de terrorismo en el atropello de Murcia”, *Eldiario.es*, 21 de septiembre de 2021, https://www.eldiario.es/politica/audiencia-nacional-abre-causa-posible-delito-terrorismo-atropello-murcia_1_8321924.html (último acceso 19/03/2023). Europol lo incluye como ataque terrorista mortal en su informe TE-SAT 2022, *Europol*, 13 de julio de 2022, pág. 22, aunque reconoce que, en el momento de redactar el informe, la decisión sobre la calificación de este atentado como terrorista estaba pendiente en la AN.

Alerta Antiterrorista que declara el Ministro del Interior sigue estando desde 2015 en nivel 4, que implica un “riesgo alto” (en una escala del 1 al 5)⁷⁸⁸.

He reconocido anteriormente que en muchos supuestos el riesgo está exagerado. Los actores políticos y mediáticos se han preocupado vehementemente por hacer calar en la opinión pública una narrativa muy determinada sobre el terrorismo, que hace complicado realizar un trabajo sobre él sin sesgos. Ahora bien, que el riesgo esté claramente sobredimensionado no quiere decir que, en ciertos casos, sí que pueda diferenciarse el terrorismo como una categoría jurídico-penal diferenciada si reúne determinadas condiciones⁷⁸⁹.

Así pues, creo que determinadas acciones violentas son aptas para crear una situación de intimidación en otras personas ajenas a las directamente afectadas en sus bienes jurídicos individuales (vida, libertad, integridad física, etc.), por los actos violentos. En ese aspecto, sí que entiendo que el terrorismo funciona como una estrategia amenazante. No obstante, la intención con la que se amenaza no es lo más relevante, sino la idoneidad atemorizadora o intimidadora de dicha amenaza. Se debería exigir una gravedad específica para conseguir atemorizar o intimidar a esas personas, lo que deberá entenderse como verosimilitud de la efectiva realización del mal con el que se amenaza, que quiebre la voluntad del amenazado.

Según el Diccionario de la RAE, “amenazar” significa “1. tr. Dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien”; y “amenaza”, además de la acción de amenazar, es, en su segunda acepción, el: “2. f. Dicho o hecho con que se amenaza”, y, según el Diccionario jurídico de la RAE, aquél “3. f. pl. Der. Delito consistente en intimidar a alguien con el anuncio de la provocación de un mal grave para él o su familia”. Por tanto, se observa cómo el sentido jurídico penal, aunque

⁷⁸⁸ Puede consultarse información y una cronología del Nivel de Alerta Antiterrorista en: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/prensa/nivel-alerta-terrorista/> (último acceso 19/03/2023).

⁷⁸⁹ Ahora bien, la evaluación de la amenaza real sí debería servir para suprimir las autorizaciones legales de suspensión de derechos fundamentales en investigaciones sobre terrorismo y todas las demás especialidades, que no se justifican en el momento actual en modo alguno (lo ponen igualmente de manifiesto: LANDA GOROSTIZA, *RECPC*, N°17, 2015, págs. 29-30; SERRA CRISTÓBAL, *La seguridad como amenaza*, 2020, págs. 79-80, o *infra*: CAPÍTULO III. El terrorismo, los derechos fundamentales y un Derecho de excepción normalizado). Ello, principalmente, porque fueron concebidas para un momento de coyuntura muy específico, representado por la intensa actividad violenta de ETA en los primeros años de la democracia, y otras, más tardías, como las reformas penitenciarias de 2003, que carecían de respaldo constitucional alguno para su articulación como medidas de tratamiento diferenciado para los condenados por terrorismo (sobre las reformas penitenciarias: LANDA GOROSTIZA, en: *Derechos, libertades y razón de Estado (1996-2005)*, 2005, págs. 47-87; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 5ª ed., 2022, págs. 55-58.

redundante⁷⁹⁰, coincide con el gramatical de la expresión. Los delitos de amenazas propiamente dichos se encuentran entre los “Delitos contra la libertad” en el CP español, y puede acudir a su teoría para extraer algunas consideraciones aplicables al caso del terrorismo. De acuerdo con MUÑOZ CONDE, la libertad como bien jurídico penal al que se refieren los delitos de amenazas es la libertad de actuación en un sentido amplio, como un atributo de la capacidad que tiene una persona para decidir lo que quiere o no quiere hacer y para trasladarse de un lugar a otro o situarse por sí mismo en el espacio, sin que su decisión se vea constreñida o mediatizada por otras personas. La libertad así entendida es un atributo de la voluntad, pero su existencia depende también de la propia convivencia y de una serie de condicionamientos que la misma impone a la actuación del ser humano⁷⁹¹. De acuerdo con PAREDES CASTAÑÓN, la lesividad dependerá más bien de los efectos sociales (logrados mediante causación psíquica) de la comunicación amenazante; que se concretan en la producción de alteraciones en las pautas de interacción social de la víctima de las amenazas, a resultas de su percepción de aquella⁷⁹².

Pero además de las amenazas “clásicas”, existen en el ordenamiento español las llamadas “amenazas colectivas”. El art. 170.1 castiga las amenazas de un mal que constituyere delito dirigidas “a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo”⁷⁹³. El sujeto pasivo del delito es plural, eso sí, debe ser un grupo o colectivo, más o menos homogéneo, pero determinable y reconocible por otras personas porque poseen algo en común⁷⁹⁴. Este tipo cualificado de amenazas colectivas dispone de forma expresa la necesaria gravedad e idoneidad de la conducta para atemorizar al grupo (que debe ser abarcada por el dolo).

Entiendo que estas amenazas colectivas tienen su razón de ser en la amenaza que pueden sufrir un grupo de personas por su condición de pertenecientes a tal grupo (determinable). Esto contrasta con la consideración mayoritaria doctrinal que entiende

⁷⁹⁰ PAREDES CASTAÑÓN, *Estudios penales y criminológicos*, N°29, 2009, pág. 364.

⁷⁹¹ MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 2022, 24ª ed., pág. 153.

⁷⁹² PAREDES CASTAÑÓN, *Estudios penales y criminológicos*, N°29, 2009, págs. 385-386.

⁷⁹³ También castiga en su apartado 2º, con una pena de prisión de seis meses a dos años, a los que, con la misma finalidad y gravedad, *reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas*. Sobre esta concreta previsión, que no responde a la estructura de unas amenazas: ver *infra* n.p. 1307.

⁷⁹⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/PIÑOL RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO, *Manual PE*, T.II, 7ª ed., 2018, pág. 183; MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 2022, 24ª ed., págs. 157-158; CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 177-178.

que el terrorismo es apto para crear una situación de terror en “la ciudadanía”, “la sociedad”, “la población o en parte de ella”, sin determinaciones específicas más allá. Por ello, no creo que pueda ser un factor determinante de la mayor lesividad del terrorismo la consideración de la causación de terror si esta se entiende dirigida a sectores tan amplios o indeterminados de personas (¿la población o sociedad, *occidental*, europea, española, navarra?). En mi opinión, si la amenaza viene de una organización o grupo no estatal, cuanto más indeterminado sea el grupo al que se dirige, más se disipa la idoneidad de esa amenaza. No presenta la misma idoneidad ni gravedad la comunicación a través de la violencia de una amenaza hacia “los infieles de Europa”, que una amenaza dirigida “a los empresarios del País Vasco que no ceden a la extorsión”. Creo que, al igual que las amenazas colectivas se refieren a un grupo determinable de personas, la estrategia amenazante del terrorismo a través de la violencia, para tomarse como un factor que añade lesividad, debe de ir dirigida también a un grupo más o menos homogéneo de personas. Eso sí, no considero que deba ser necesariamente un grupo vulnerable de personas.

Para tener ese efecto, las acciones deberían ser graves, reiteradas, sistemáticas, con visos de repetición y presentar una entidad suficiente. Ello me lleva a concluir que unas acciones de tal entidad solo pueden ser perpetradas por una organización.

No comparto, por tanto, las consideraciones doctrinales que admiten el terrorismo individual. No solo porque creo que una actuación individual no puede tener la entidad suficiente como para afectar a la libertad de grupos de personas afectada por la estrategia amenazante con la que se pretende un cambio político, sino porque creo que muchas de las etiquetas de “terrorista individual” no son, ni siquiera, tales. Lo que alguna doctrina entiende como terrorismo individual, aquel perpetrado actualmente por el personaje periodístico del “lobo solitario”, no implica que la organización o el grupo no esté detrás de una forma u otra, marcando los objetivos, facilitando fondos, armas u otros elementos necesarios para la comisión de un delito⁷⁹⁵. Por supuesto, ello deberá probarse, no es suficiente la mera coincidencia ideológica con la finalidad política última de la organización. De hecho, existen pocos ejemplos de actos tratados como terrorismo que, de verdad, fueron perpetrados por una persona de forma totalmente autónoma⁷⁹⁶. La

⁷⁹⁵ LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos*, 1ª ed., 2016, pág. 989. También: PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, pág. 209; PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, 2017, págs. 333-334.

⁷⁹⁶ Cito algunos ejemplos: Theodore John Kaczynski, alias “Unabomber”, es un sujeto condenado por terrorismo en Estados Unidos, conocido por enviar cartas bomba motivado e influido por su análisis crítico del desarrollo de la sociedad contemporánea, análisis en el que hace un especial énfasis en las

admisión de figura del “terrorista individual”, además de preterir la prueba de la pertenencia a una organización (que en ocasiones se torna difícil⁷⁹⁷), suele ir fuertemente marcada por las características del sujeto⁷⁹⁸.

Recapitulando, las acciones terroristas, para ser consideradas como tales desde la perspectiva jurídico-penal, deberán encarnar conductas graves y violentas realizadas por una organización para condicionar al poder público democrático afectando a la estabilidad del orden democrático, con actuaciones con la entidad suficiente para intimidar a grupos determinables de personas no afectadas de forma directa por los actos violentos.

Me hago cargo de que muchas de las violencias que hoy se consideran terrorismo no cabrían en la caracterización que yo he esbozado. De hecho, la situación de gravedad

consecuencias perjudiciales que trajo consigo el desarrollo tecnológico posterior a la Revolución industrial. Es doctor en matemáticas y trabajaba en la Universidad de Berkeley (California) hasta que dimitió para mudarse a una cabaña sin luz ni agua corriente en Lincoln (Montana). Desde allí, entre los años 1978 a 1995, Kaczynski envió dieciséis bombas dirigidas a universidades y aerolíneas, acabando con la vida de tres personas e hiriendo a un total de 23.

Otro supuesto es el de Timothy McVeigh. El 19 de abril de 1995 tuvo lugar en el edificio federal “Alfred P. Murrah” de la ciudad de Oklahoma (Estados Unidos) un atentado con un camión bomba que acabó con la vida de 168 personas, incluidos 19 niños, e hirió a más de 500. El responsable del atentado fue Timothy McVeigh, un exmilitar estadounidense de 27 años que había luchado en la Guerra del Golfo Pérsico. Defendía posturas antigobierno y ultraderechistas, y perpetró el atentado en respuesta a la sangrienta intervención de la policía federal el 19 de abril de 1993 contra la secta de los davidianos en Waco (Texas), en la que murieron 80 personas. Es cierto que su calificación como terrorista es política y mediática, pues en realidad fue condenado, el 2 de junio de 1997, por 15 cargos de asesinato y conspiración. El 14 de agosto de ese mismo año, bajo la recomendación unánime del jurado, fue condenado a pena de muerte por inyección letal. El 11 de junio de 2001, fue ejecutado. La condena a inyección letal de McVeigh fue una medida excepcional, pues hacía 38 años que el gobierno federal no aplicaba la pena capital. Los hechos del atentado y su preparación, así como la fase judicial, pueden consultarse en: <https://www.famous-trials.com/oklacity/730-home> (último acceso 19/03/2023).

También cabe citar el caso de Anders Breivik. El 22 de julio de 2011, Breivik, de marcada ideología ultraderechista, mató a 77 personas detonando una bomba en el centro de Oslo y tiroteando un campamento juvenil del Partido Laborista en la Isla de Utoya (Noruega). Fue condenado por delitos de terrorismo a una “pena de contención”, una pena de prisión que puede ser extendida indefinidamente, con un período máximo de 21 años y un tiempo mínimo de 10 años. No actuó en el seno de ninguna organización o grupo terrorista.

⁷⁹⁷ De hecho, esa es una de las razones veladas por las que el legislador español ha suprimido la exigencia del elemento estructural en la legislación.

⁷⁹⁸ Si un sujeto grita “¡Allah Akbar!” al acuchillar a otro, aunque en realidad no tenga vínculos reales con una estructura organizada, sino con una determinada ideología, va a ser directamente tratado por los agentes políticos, por los medios, y, después, por la justicia, como un terrorista. Sin embargo, otros ejemplos de asesinatos perpetrados por personas de marcada ideología de extrema derecha, también de forma autónoma, no son considerados como ataques terroristas (como mucho, ataques racistas o de odio), a pesar de que, en realidad, al igual que el “matar infieles” es interpretado como una finalidad terrorista, también podría serlo el “limpiar Europa de inmigrantes”. Una excepción a ello es el citado anteriormente caso Breivik.

de las actuaciones de la organización que he presentado podría abrir la puerta a situaciones de excepcionalidad como las que estudiaré en los siguientes epígrafes⁷⁹⁹.

Hasta aquí, he intentado dilucidar qué elementos podrían identificar el terrorismo como una categoría delictiva diferenciada. Ahora bien, ello podría justificar penas más altas en algunos supuestos, pero no el arsenal de medidas propias de un Derecho de excepción vigentes en España. Las especialidades no solo se concentran en el Derecho penal sustantivo, sino que se extienden a los ámbitos procesal y penitenciario⁸⁰⁰, pudiendo calificarse de “subsistema penal”⁸⁰¹. El Derecho antiterrorista es el ejemplo por antonomasia de trato diferenciado, lo que tiene apoyos incluso en la fuente constitucional (art. 55.2 CE). Como ya se ha señalado anteriormente, la gravedad y el significado social de las conductas delictivas no impide generalmente establecer penas o políticas diferentes, pero en el caso del terrorismo, no todas las diferenciaciones han sido fundamentadas razonablemente, afectando no solo al principio de igualdad (que no ha

⁷⁹⁹ De hecho, el TC, al tratar la suspensión de derechos fundamentales por supuestos de terrorismo, señaló que: “la situación que legitima al legislador para crear el marco normativo que permite este tipo de suspensión es precisamente la que deriva de las actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas que crean un *peligro efectivo para la vida* y la integridad de las personas y *para la subsistencia del orden democrático constitucional*” (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4).

⁸⁰⁰ Estas especialidades, en España concretamente, están respaldadas veladamente por la existencia de una autorización constitucional para la suspensión de determinados derechos fundamentales en supuestos de investigación por delitos de terrorismo (art. 55.2 CE).

⁸⁰¹ QUINTERO OLIVARES, en: MORENO CATENA/ARNAIZ SERRANO (Dir.)/MARTÍNEZ SOTO (Coord.), *El Estado de Derecho a prueba*, 2017, pág. 17.

sido invocado prácticamente en materia de terrorismo, ni por la doctrina⁸⁰², ni por la jurisprudencia⁸⁰³), sino a otros muchos derechos fundamentales⁸⁰⁴.

⁸⁰² Puede citarse: CUERDA RIEZU, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 13-25. En este breve trabajo, el autor argumenta sobre lo innecesario que resulta mantener la legislación de desarrollo del art. 55.2 CE, pues ETA ha desaparecido. Después, analiza si se respetan el principio de igualdad y la prohibición de discriminaciones en la legislación antiterrorista (penal, penitenciaria y procesal). Para ello, utiliza los tres elementos que el TC ha enunciado para colegir si un tratamiento diferenciado es conforme al art. 14 CE: 1) Que la norma persiga un fin legítimo, y para ello se pregunta sobre el fundamento del tratamiento excepcional del terrorismo, sobre su lesividad; 2) Que la diferenciación que establece sea adecuada a dicho fin. En el momento actual, caracterizado por la ausencia de atentados de ETA, la mayoría de las disposiciones antiterroristas, que son excepcionales y por lo tanto diferentes a las disposiciones para los delitos comunes, ya no resultan adecuadas a la consecución del fin de acabar o limitar el terrorismo, sencillamente porque el terrorismo más frecuente, el de ETA, ya no se lleva a cabo. En definitiva, para prevenir los actos terroristas que puedan surgir en el futuro son imaginables otras medidas menos restrictivas de los derechos fundamentales; 3) Que la referida diferenciación no determine consecuencias desproporcionadas. Para el autor sí las ha determinado, y aún son más evidentes tras la desaparición de ETA. En este apartado de “consecuencias excesivas e irrazonables” (STC 59/2008, de 14 de mayo) CUERDA RIEZU incluye todas aquellas medidas que producen sus efectos después de la imposición de la pena, pues carece de cualquier explicación lógica que el cumplimiento de las penas sea distinto y más perjudicial para el delincuente terrorista.

También puede citarse una breve parte de CERRADA MORENO, *Terrorismo y prescripción penal*, Tesis inédita, 2017, págs. 676-679. Esta tesis doctoral trata la previsión de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieran causado la muerte de una persona introducida por la LO 5/2010, siendo la primera norma sobre imprescriptibilidad de un delito no receptado por el Derecho internacional. En una parte de la obra, estudia la constitucionalidad de la citada previsión de imprescriptibilidad en relación con el principio de igualdad. En su opinión, la previsión tiene plena cabida en el ordenamiento jurídico y “no viola el principio constitucional de igualdad en relación con la posibilidad de prescripción del resto de homicidios o asesinatos, pues sencillamente se trata de delitos distintos, estando el terrorista más penado por (...) la pluralidad de bienes jurídicos atacados por los crímenes terroristas”. El mismo autor, en su monografía *El terrorismo, concepto jurídico*, 2018, pág. 357, también sostiene que el especial tratamiento de los delitos de terrorismo no vulnera el principio de igualdad, por su carácter pluriofensivo.

Y, por último, LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, pág. 206, se preguntaba sobre la vigencia del principio de igualdad al analizar el límite máximo de cumplimiento de 40 años impuesto por la LO 7/2003 [hoy superado con la introducción de la prisión permanente revisable]. Explica la autora que las normas del concurso real también preveían una pena de 40 años en supuestos de delincuencia común (art. 76.1 c) CP). Sin embargo, en estos casos, se requería que al menos dos de los delitos por los que se condenaba tuvieran un castigo superior a 20 años (a diferencia de la comisión de delitos de terrorismo, en los que era suficiente con que uno de ellos tuviera previsto dicha pena). Ahora bien, si el marco penal inicial de un delito se sitúa por encima de los 20 años es porque el contenido de injusto de dicha infracción es equiparable a una sanción de tal calibre, sin que importe la concreta naturaleza del delito. Es decir, determinados delitos comunes son tan graves como el delito terrorista de homicidio o asesinato, aunque la naturaleza sea distinta, por lo que el legislador ha considerado que merecen la misma pena. Así, según el art. 572.1.1º CP en su redacción anterior, el miembro de una organización terrorista que matara a otra persona era castigado con la pena de prisión de 20 a 30 años. Sin embargo, también la pena prevista para el asesinato hiperagravado o para el regicidio era de 20 a 25 años (arts. 140 y 485.1 CP en sus redacciones anteriores, respectivamente). Por tanto, el mayor rigor punitivo del concurso real, en supuestos de terrorismo, pone en entredicho el principio de igualdad al tratar de modo diferente supuestos de la misma gravedad: si el marco penal inicial de algunos delitos es cuantitativamente idéntico en términos de injusto, las normas del concurso real no deberían distinguir entre ellos.

⁸⁰³ La vulneración del art. 14 CE sí fue uno de los motivos del recurso de inconstitucionalidad que desencadenó la importante STC 199/1987, de 16 de diciembre, que resolvía un recurso contra la LO 9/1984, de desarrollo del 55.2 CE. A esta última STC me refiero con detenimiento *infra*: El art. 55.2 y la constitucionalización de la excepción en materia de terrorismo en España, pero sí querría aludir aquí a otra resolución, la STC 160/2012, de 20 de septiembre, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad formulada por el Juzgado Central de Menores. Las dudas de constitucionalidad se circunscribían al último inciso de la Disposición adicional 4ª de la LORPM [disposición hoy derogada, pero cuyo contenido ha sido

reubicado sistemáticamente en el art. 10.2 b) LORPM], en relación con la imposibilidad de aplicar la figura de la suspensión de la ejecución del fallo a los autores de un delito de terrorismo mayores de dieciséis años. Considera el órgano promotor de la cuestión que el citado precepto vulnera los arts. 14 y 25.2 CE. En cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad, el Juzgado Central de Menores argumenta que el precepto, al restringir la posibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución del fallo a los supuestos de terrorismo, introduce una diferencia de trato con otros supuestos de delitos graves que no resulta justificada a la luz de los principios que presiden la LORPM. Así, respecto de otros menores con más de 16 años que cometan delitos graves, el art. 9.5 LORPM limita la aplicación de figuras como la modificación o sustitución hasta al menos el cumplimiento del primer año de internamiento, pero no excluye la posibilidad de acudir a la suspensión, ni es tampoco de aplicación automática, a diferencia de los supuestos delictivos previstos en la disposición adicional cuarta, que ven también excluida esa opción hasta el cumplimiento de la mitad de la medida. Considera, en conclusión, que tal diferenciación constituye un trato desigual para determinados menores, que carece de justificación. El TC desestima la cuestión, y en su FJ 8, escribe: “la diferenciación efectuada por el legislador posee una base objetiva y una justificación razonable. La concreta regulación especial o diferenciada que se cuestiona no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino a partir de un dato objetivo y rigurosamente neutro, como es la gravedad penal de las conductas, atendido su grado de lesividad y la relevancia de los bienes jurídicos menoscabados, de modo que las consecuencias jurídicas previstas, y, en particular, la restricción de la suspensión de la ejecución de la medida, se aplicarán por igual a todos los menores que, en la franja de edad establecida, cometan tales conductas delictivas. No puede concluirse, por tanto, que el legislador haya establecido una diferencia entre situaciones iguales, respondiendo el más gravoso régimen de ejecución de las medidas de internamiento previsto en la norma a la comisión de delitos más graves. Ni tampoco que la diferenciación esté basada en circunstancias desconectadas de la finalidad de la norma y, en esa medida, irrazonables. (...) resulta a todas luces razonable que las finalidades de prevención general se acentúen, tanto aumentando el límite máximo de la medida de internamiento como añadiendo restricciones para la suspensión de su ejecución, respecto de los delitos que de modo más intenso atentan contra los bienes jurídicos más valiosos, pues más intensas serán las necesidades de disuadir de su comisión y de reafirmar socialmente la confianza en su indemnidad”.

⁸⁰⁴ Por supuesto, también existe doctrina que encuentra todas las especialidades antiterroristas justificadas. Así, GARCÍA VALDÉS, *La ley penal*, N°74, 2010, pág. 67, “las especialidades penales sustantivas, procesales y de ejecución penal para los condenados por delitos de terrorismo son medidas de discriminación negativa, razonable y perfectamente acertada”.

CAPÍTULO III. El terrorismo, los derechos fundamentales y un Derecho de excepción normalizado

I. Introducción

La tendencia securitaria que inunda la política y el Derecho tiene, como ya he apuntado, numerosas ramificaciones y consecuencias. Una de las consecuencias relacionadas con la política antiterrorista es la utilización de mecanismos jurídicos suspensivos o restrictivos de derechos, algunos de ellos propios del Derecho de excepción. A ese respecto, manifiesta TUORI que precisamente la seguridad se ha convertido en la principal justificación de un “estado de excepción permanente”⁸⁰⁵.

El Derecho de excepción entra en juego tradicionalmente para hacer frente a situaciones específicas que amenazan la continuidad del orden constitucional, suspendiendo temporalmente determinados derechos. El fenómeno terrorista se ha interpretado de forma generalizada, sobre todo a partir el 11-S, pero también antes, como un tipo de amenaza que justifica el recurso a ese Derecho de excepción. Sin embargo, se trata de un Derecho de excepción evolucionado, pues se ha normalizado y hecho permanente. Es por lo que TENORIO SÁNCHEZ explica que en el ámbito del Derecho constitucional ya no se hace en sí un uso del Derecho de excepción, pues las reformas que se han ido introduciendo en las leyes que rigen los períodos de normalidad lo hacen innecesario; y, en el del Derecho penal, se ha señalado la aparición del llamado Derecho penal del enemigo⁸⁰⁶.

España, en este sentido, constituye un ejemplo paradigmático, pues constitucionalizó el recurso a esa excepción por razón de terrorismo. Lamentablemente nuestro país sufrió durante décadas la violencia de ETA y de otras organizaciones, lo que ha tenido como consecuencia que la normativa penal antiterrorista interna fuera (y sea) una de las más desarrolladas en el ámbito europeo, contando incluso con menciones expresas al terrorismo en la CE. Frente a la previsión de suspensión general de derechos y libertades con ocasión de estados de excepción o de sitio (art. 55.1 CE), se encuentra en

⁸⁰⁵ TUORI, *Oñati socio-legal series*, Vol. 3, N°1, 2013, pág. 16.

⁸⁰⁶ TENORIO SÁNCHEZ, *REP*, N°71-72, 2008, pág. 554.

su apartado 2 una previsión constitucional anómala⁸⁰⁷: la suspensión individual de derechos en relación con investigaciones sobre actividades terroristas. Ni en el derecho comparado europeo ni en nuestro constitucionalismo histórico existen preceptos constitucionales de estas características⁸⁰⁸. La única previsión constitucional que encuentro similar a la española, aunque fuera del continente europeo, se encuentra en el art. 2.24.f) de la Constitución peruana, si bien solo se refiere a los plazos de detención y puesta a disposición judicial de los investigados por delitos de terrorismo⁸⁰⁹. Y cabe mencionar otra especialidad contenida en la anterior Constitución de Egipto, en relación con la competencia judicial⁸¹⁰.

Ahora bien, la falta generalizada de previsiones constitucionales de este tipo no ha impedido que los Estados hayan suspendido determinados derechos declarando

⁸⁰⁷ Este calificativo también se utiliza en la sinopsis del art. 55.2 publicada en la página web del Congreso de los Diputados y realizada por la Letrada de Cortes Abellán Matesanz (2003), y actualizada por los también Letrados de Cortes Sieira Mucientes y Miranda López, en 2011 y 2016 respectivamente, <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=55&tipo=2> (último acceso 19/03/2023).

⁸⁰⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, *REP*, N°35, 1983, pág. 124; LÓPEZ GARRIDO, *Terrorismo, política y Derecho*, 1987, pág. 81; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, pág. 128; TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, 1988, pág. 14; REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, pág. 181; OEHMICHEN, *Terrorism and anti-terror legislation*, 2009, pág. 185; RODRÍGUEZ RUIZ, en: VOLCANSEK/STACK, *Courts and terrorism*, 2011, pág. 183; PETZSCHE, *Strafrecht und Terrorismusbekämpfung*, 2013, pág. 372; CUERDA RIEZU, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 15; LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 198; REQUEJO RODRÍGUEZ, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, pág. 1529; GARAT, *Los derechos fundamentales ante el orden público*, Tesis doctoral inédita, 2019, pág. 219; STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3. Por su parte, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1999, pág. 29, opina que en realidad este precepto constitucional tiene ciertamente un antecedente, pero que no es ni extranjero, ni mucho menos honorable; para el autor, este precepto “supone simplemente la perpetuación de la legislación franquista que autorizaba que las personas sospechosas de terrorismo pudieran permanecer diez días en manos de una policía infectada de torturadores”.

⁸⁰⁹ “La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término”. En esta misma Constitución se estipula también que la pena de muerte será aplicable a los delitos de terrorismo (art. 140).

⁸¹⁰ La ya derogada Constitución de Egipto de 1971, reformada en 2007, preveía la posibilidad en su art. 179 de que el Presidente pudiera remitir cualquier delito de terrorismo a cualquier órgano judicial estipulado en la Constitución o la ley, lo que suponía la posibilidad de enviar a la jurisdicción militar el conocimiento de estos delitos. La Constitución de Egipto de 2014, vigente, también hace mención expresa al fenómeno del terrorismo en su art. 237: “El Estado combatirá el terrorismo en todas sus formas y tipos, y perseguirá las fuentes de su financiación como una amenaza a la patria y a los ciudadanos. Con este fin especificará un calendario concreto, garantizando en todo momento los derechos y las libertades públicas. La ley regulará los procedimientos y las normas de lucha contra el terrorismo y la compensación justa por los daños causados por ello”.

situaciones excepcionales enmarcadas en la amenaza terrorista, como Irlanda en el pasado⁸¹¹, o más recientemente Francia⁸¹² y Turquía⁸¹³, que han considerado que una respuesta rápida y eficaz al terrorismo no podía realizarse bajo el régimen ordinario. De hecho, algunos Estados lo han hecho por la vía prevista en el art. 15 del CEDH, que permite la “derogación” de algunos derechos del Convenio, no siendo infrecuente su invocación en caso de amenaza terrorista⁸¹⁴. Tampoco la falta de previsiones constitucionales como la española ha impedido que estas medidas suspensivas o restrictivas de derechos fundamentales se realicen por vía legislativa ordinaria. Así se ha hecho desde hace décadas en países como Alemania, Italia, Reino Unido⁸¹⁵ o en la misma España preconstitucional a través del Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, del Decreto-Ley 21/1978, de 30 de junio, o de la Ley 56/1978, de 4 de enero. Y a partir del 11-S, la

⁸¹¹ La República de Irlanda durante los años 1956 y 1957 sufrió una etapa muy intensa de actividad violenta por parte del IRA. El Gobierno irlandés proclamó el 5 de julio de 1957 un estado de emergencia, por la que se ponían en vigor poderes extraordinarios de detención conferidos a los Ministros por una Ley anterior, la N°2 de 1940.

⁸¹² Francia declaró un estado de emergencia desde los atentados del 13 de noviembre de 2015 en la sala Bataclán en París. Aunque los estados excepcionales, como ya he resaltado, se conciben como medidas temporales, en el ejemplo francés, el estado de emergencia declarado se prorrogó cinco veces. Una de esas prórrogas, se debió al grave atentado que tuvo lugar el 14 de julio de 2016 en el paseo marítimo de Niza. La mañana antes del ataque, el entonces presidente François Hollande había anunciado el fin del estado de emergencia para el día 26 de julio de 2016. La persona que perpetró los atentados condujo un camión de carga de 19 toneladas por el paseo marítimo de Niza, que estaba repleto de personas con motivo de la celebración del Día de la Independencia, dejando 86 víctimas morales y 434 heridos. El sujeto que conducía el vehículo también disparó contra la policía y civiles con un arma de fuego, siendo abatido por la policía. Se volvió a prorrogar el estado de emergencia en dos ocasiones, en concreto, hasta noviembre de 2017, momento en el que se aprobó una ley antiterrorista (Ley N°2017-1510, para reforzar la seguridad interior y la lucha contra el terrorismo, de 30 de octubre de 2017) que incorporaba poderes y medidas de emergencia, convirtiéndolas en derecho común y haciéndolas permanentes. Sobre ello, puede verse: KILPATRICK, *Transnational Institute*, 2020, págs. 1-32. Y no hay que olvidar que Francia, entre otras medidas, intervino militarmente en el contexto de la “Guerra contra el Estado Islámico”, invocando el derecho de legítima defensa individual de algunos Estados de la coalición tras los atentados de noviembre de 2015. Sobre esto, ver *supra*: *Excurso: La “Guerra contra el terrorismo”: ¿son legítimas las medidas militares contra el terrorismo? Algunas consideraciones en relación con el Derecho Internacional Humanitario*.

⁸¹³ Turquía instituyó un estado de excepción tras el golpe de estado que tuvo lugar en julio de 2016. El gobierno turco acusó a miembros del movimiento Güllen de ser los responsables del intento de golpe, declarándolo una organización terrorista. El 21 de julio de 2016, el Representante Permanente de Turquía ante el Consejo de Europa envió al Secretario General de dicha organización la notificación de derogación de las disposiciones del CEDH prevista en su art. 15. El estado de emergencia se mantuvo vigente hasta julio de 2018. Se levantó esta situación de excepción, al igual que en Francia, a cambio de reforzar la legislación antiterrorista.

⁸¹⁴ Ver *infra*: La “derogación” del art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el terrorismo. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También lo pone de manifiesto: PETZSCHE, *Strafrecht und Terrorismusbekämpfung*, 2013, pág. 372.

⁸¹⁵ Sobre estas medidas: CARRASCO ANDRINO, *Estudios penales y criminológicos*, N°39, 2019, págs. 59-105.

lista de Estados que han impulsado normas de esta índole es tan larga que solo citaré, por ser el ejemplo por antonomasia, la *Patriot Act* de Estados Unidos⁸¹⁶.

Así pues, numerosas democracias hacen frente al problema del terrorismo con normativas específicas, de diverso rango, pero cuyo denominador común es la limitación de derechos y libertades⁸¹⁷ y la alteración en el equilibrio de poderes a favor de una sobrevaloración del ejecutivo⁸¹⁸. Además, muchas medidas de este tipo ya no se circunscriben a las personas investigadas o condenadas por terrorismo, sino que afectan a los derechos de la ciudadanía en general⁸¹⁹. Para ilustrar esta afirmación, solo pondré algunos ejemplos de los muchos que existen, que irán tratándose a lo largo de esta *Segunda Parte* del trabajo en mayor o menor medida: la ingente recolección y tratamiento de datos personales con fines de prevención del terrorismo; la vigilancia masiva; las restricciones a la libertad de movimiento; las privaciones de nacionalidad; la estigmatización de ciertos colectivos de personas; la limitación a la libertad religiosa mediante la clausura de mezquitas; la posibilidad de ilegalizar formaciones políticas o asociaciones; el desaliento para el ejercicio de derechos fundamentales que propician las vagas e indeterminadas legislaciones penales en la materia y algunas doctrinas judiciales que las aplican; entre otros.

II. La suspensión de derechos fundamentales por razón de terrorismo

El análisis del art. 55.2 CE es esencial para este estudio. Este precepto debería circunscribirse a la suspensión de tres determinados derechos en el curso de investigaciones por razón de terrorismo y mantenerse en este ámbito puramente procesal. La realidad no es esa. Este precepto ha tenido y tiene en la actualidad muchas más implicaciones de las que se desprenden de su lectura. De hecho, este precepto tan singular

⁸¹⁶ Sobre las distintas previsiones suspensivas en el Derecho comparado: DE VERGOTTINI, *RDP*, N°61, 2004, págs. 11-36; CARRASCO ANDRINO, *Estudios penales y criminológicos*, N°39, 2019, págs. 59-105.

⁸¹⁷ Sinopsis del art. 55.2 publicada en la página web del Congreso de los Diputados y realizada por la Letrada de Cortes Abellán Matesanz (2003), y actualizada por los también Letrados de Cortes Sieira Mucientes y Miranda López, en 2011 y 2016 respectivamente, <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=55&tipo=2> (último acceso 19/03/2023). La misma idea en: CARRASCO DURÁN, en: PÉREZ ROYO/CARRASCO DURÁN (Dir.), *Terrorismo, democracia y seguridad*, 2010, pág. 14.

⁸¹⁸ CARRASCO DURÁN, en: PÉREZ ROYO/CARRASCO DURÁN (Dir.), *Terrorismo, democracia y seguridad*, 2010, pág. 48.

⁸¹⁹ También: SERRA CRISTÓBAL, *La seguridad como amenaza*, 2020, pág. 76.

supone, en mi opinión, la constitucionalización de una situación excepcional o de emergencia terrorista, que sirve de muy buen anclaje a todo el entramado legislativo antiterrorista español.

Aunque en esta parte del estudio voy a centrarme en el art. 55.2 de la CE y en sus implicaciones, previamente haré una breve referencia al mecanismo que permite accionar la derogación de derechos del CEDH previsto en su art. 15, que es la previsión equivalente a la suspensión de derechos en España para hacer frente a situaciones excepcionales o de emergencia, que muchos Estados han invocado en el contexto de amenazas terroristas. Siempre, salvando las distancias, pues los requisitos de activación del art. 15 CEDH en situaciones de terrorismo son estrictos, lo que contrasta con el desarrollo del art. 55.2 CE en España y su aplicación.

1. La “derogación” del art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el terrorismo. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El art. 15 CEDH recoge la llamada “derogación” general⁸²⁰ del Convenio en caso de “guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”, de la que excluye algunos derechos⁸²¹. También contempla una previsión homóloga el art. 4 PIDCP⁸²².

La derogación prevista en el CEDH puede emplearse siempre en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del Derecho internacional. Si los Estados parte del CEDH deciden la derogación deben informar al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado, e igualmente de

⁸²⁰ Una precisión previa de índole conceptual. Utilizo la expresión “derogación” porque es la empleada por la traducción al español del CEDH, aunque esta no constituya una versión oficial del Convenio, pues las versiones auténticas son la francesa y la inglesa. En las versiones auténticas se utilizan los términos “*dérogation*” y “*derogation*”, y en la española se ha traducido también así, aunque se trate de lo mismo que la CE denomina como suspensión.

⁸²¹ Se excluyen de esta derogación los derechos contenidos en los arts. 2 (derecho a la vida, exceptuando las muertes por actos lícitos de guerra.), 3 (“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”), 4.1 (“Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre”) y 7 (“No hay pena sin ley”). CARRILLO SALCEDO, en: GÓMEZ ISA (Dir.)/PUREZA (Coord.), *La protección internacional*, 2004, pág. 403, entiende que el art. 15 CEDH prueba la existencia de un orden público europeo en materia de derechos humanos ya que, al establecer límites a la facultad de los Estados de proceder a derogaciones de las obligaciones jurídicas asumidas, el CEDH ha dado concreción y positividad a la noción de *ius cogens* en el Derecho internacional de los derechos humanos.

⁸²² Sobre ella: Comité de Derechos Humanos, Observación General N°29, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001.

la fecha en que estas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del CEDH vuelven a tener plena aplicación.

Traigo a colación este precepto del CEDH porque el TEDH ha reconocido desde temprana jurisprudencia la posibilidad de invocar el art. 15 en el marco de medidas adoptadas en el contexto de una *amenaza* terrorista, perfilando determinados requisitos para su ejercicio. La mayor parte de los casos enjuiciados por el TEDH en relación con el art. 15 CEDH han tenido causa en situaciones relacionadas con el terrorismo⁸²³, y, de hecho, esta posibilidad fue reconocida por el Tribunal de Estrasburgo en la primera sentencia de su historia, la STEDH 332/57, Caso Lawless contra Irlanda, de 1 de julio de 1961. El gobierno irlandés había proclamado el 5 de julio de 1957 un estado de emergencia amparándose en la existencia de una emergencia terrorista representada por el IRA. En este contexto de emergencia, un ciudadano irlandés apellidado Lawless fue detenido por la policía y encarcelado en un centro militar, acusado de pertenecer al IRA. El detenido estuvo preso durante seis meses sin juicio (desde el 13 de julio hasta el 11 de diciembre de 1957), y, cuando agotó la vía interna reclamando su puesta en libertad y una indemnización, interpuso una demanda ante el TEDH alegando que su privación de libertad contravenía el CEDH. Interpretó el TEDH en esta sentencia que el sentido del art. 15 CEDH, cuando se refiere a “alguna emergencia pública que amenace la vida de la nación”, alude a una “situación excepcional de crisis o emergencia que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado”, y que esta puede estar representada por una amenaza terrorista. A partir de ahí, el TEDH debía dirimir si los hechos y circunstancias que condujeron al Gobierno irlandés a realizar su proclamación de 5 de julio de 1957 se hallaban dentro de esa noción; y reconoció que se daba tal supuesto. Así, el TEDH falló a favor de Irlanda, y declaró que la detención de Lawless se hallaba fundamentada en el derecho de derogación debidamente ejercitado por el Gobierno irlandés, conforme al art. 15 CEDH, en julio de 1957.

⁸²³ SOTTIAUX, *Terrorism and the Limitation of Rights: The ECHR and the US Constitution*, 2008, pág. 49; ROCA FERNÁNDEZ, en: GODOY, *Libertad y seguridad en un contexto global*, 2020, pág. 117. Cabe apuntar que algunos Estados miembros del Consejo de Europa invocaron este precepto para imponer las medidas restrictivas de derechos ante la pandemia del Covid-19, por lo que es previsible que el TEDH tenga que pronunciarse sobre casos relacionados con la crisis sanitaria (al momento de escribir estas páginas, ya lo ha hecho en un caso contra Rumanía).

Por el riesgo de que la situación excepcional se consolide, el Convenio somete esta posibilidad a unos criterios rígidos de aplicación fijados en el propio art. 15⁸²⁴. El TEDH ha tratado en posteriores sentencias la cuestión, y, de ese modo, ha ido perfilando algunos requisitos y características de la figura jurídica de la derogación del CEDH. Así pues, como he señalado, el punto de partida lo constituye la situación excepcional de crisis o emergencia ocasionada por el terrorismo, como supuesto habilitante de la derogación. A partir de ahí, pueden destacarse las siguientes características:

El art. 15 CEDH configura un derecho de derogación supletorio, en el sentido de que únicamente puede accionarse si las medidas ordinarias han resultado insuficientes para paliar la situación excepcional o de emergencia⁸²⁵.

Las autoridades nacionales, debido a su inmediato contacto con las necesidades del momento, están en mejor situación que el TEDH para apreciar la necesidad de una derogación del CEDH, por lo que disponen de un amplio margen de apreciación al respecto. No obstante, este poder discrecional no es absoluto y queda matizado por un control europeo: “El Tribunal, (...) es competente para decidir si los Estados han ido más allá de lo que la situación de crisis estrictamente exige (...). El margen de apreciación nacional va así escoltado del control europeo”⁸²⁶.

Según el tenor literal del art. 15.1 CEDH, la derogación debe realizarse “siempre en la estricta medida en que lo exija la situación”, por lo que la jurisprudencia de Estrasburgo solo admite las medidas estrictamente necesarias para resolver la situación de crisis⁸²⁷, que, además, podrán ser únicamente utilizadas con el objetivo de alcanzar la

⁸²⁴ LAZKANO BROTONS/LASAGABASTER HERRARTE, en: LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 4ª ed., 2021, pág. 895.

⁸²⁵ STEDH 332/57, Caso Lawless contra Irlanda, de 1 de julio de 1961: “a juicio del Tribunal, en 1957 la aplicación del derecho ordinario se había demostrado como inservible para controlar el peligro creciente que amenazaba a la República de Irlanda; que los tribunales penales ordinarios o, incluso, tribunales penales especiales o militares no hubiesen bastado para restablecer la paz y el orden; (...). Resulta de lo anteriormente expuesto que ninguna de las medidas antes mencionadas hubieran hecho posible hacer frente eficazmente a la situación existente en Irlanda en 1957; que, por consiguiente, la detención administrativa -tal y como lo establece la Ley modificada de 1940- de individuos sospechosos de intentar tomar parte en actividades terroristas se revela, a pesar de su gravedad, como una medida requerida por las circunstancias”. La posterior STEDH 5310/71, Caso Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978, también apunta en esa dirección: “Frente a una ola masiva de violencia e intimidación, el Gobierno de Irlanda del Norte y después, una vez establecida la administración directa (30 de marzo de 1972), el Gobierno británico, pudieron razonablemente entender que los medios de la legislación ordinaria no bastaban para la lucha contra el terrorismo y que tenían que recurrir a otros extraordinarios, fuera del ámbito del derecho común, bajo la forma de privaciones ‘extrajudiciales’ de libertad”.

⁸²⁶ STEDH 5310/71, Caso Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978; STEDH 14553/89, 14554/89, Caso Brannigan y McBride contra Reino Unido, de 25 de mayo de 1993.

⁸²⁷ STEDH 332/57, Caso Lawless contra Irlanda, de 1 de julio de 1961: “Considerando que el art. 15.1, determina que una Alta Parte Contratante puede derogar sus obligaciones de acuerdo con el Convenio

finalidad para la que fueron concebidas⁸²⁸. Debe existir, asimismo, un equilibrio entre la defensa de las instituciones democráticas y la protección de los derechos humanos⁸²⁹, así como racionalidad en los indicios y en la investigación de hechos delictivos concretos como condición para ejercer la derogación de determinados derechos, como el derecho a la libertad y a la seguridad del art. 5 CEDH⁸³⁰.

sólo ‘en la estricta medida en que lo exija la situación’; que es, por consiguiente, necesario en el supuesto que nos ocupa examinar si la aplicación de la parte II de la Ley de 1940 fue una medida estrictamente requerida por la emergencia existente en 1957”; la STEDH 5310/71, Caso Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978, afirma en ese mismo sentido “que las medidas adoptadas pueden ser razonablemente consideradas, en la situación que describe, como estrictamente exigidas para la protección de la seguridad pública, y que, en el ámbito del art. 15, su intrínseca necesidad, una vez reconocida, no podría depender de la limitación de su campo de aplicación”; la STEDH 21987/93, Caso Aksoy contra Turquía, de 18 de diciembre de 1996: aunque el TEDH reconoce las dificultades a las que hace frente el Estado turco para tomar medidas eficaces para combatir el terrorismo, considera que la detención del señor Aksoy durante al menos catorce días sin control judicial no se corresponde con “la medida estricta en que lo exija la situación” (el período controvertido fue excepcionalmente largo y el señor Aksoy no gozó de garantías suficientes, en particular: la privación del acceso a un abogado, un médico, un familiar o un amigo y la falta de cualquier posibilidad real de ser conducido ante un Tribunal supusieron que el demandante estuviera completamente a merced de sus guardianes); STEDH 3455/05, Caso A. y otros contra Reino Unido, de 19 de febrero de 2009: “Cuando el Tribunal es llamado a examinar una derogación establecida en virtud del art. 15 (...) le corresponde en última instancia resolver la cuestión de si la situación ‘exigía estrictamente’ las medidas adoptadas. En particular, cuando una medida derogatoria vulnera un derecho fundamental del CEDH, el Tribunal ha de asegurarse de que constituye una respuesta real al estado de urgencia, que se justifica plenamente respecto a las circunstancias especiales de la situación”; STEDH 16538/17, Caso Şahin Alpay contra Turquía, de 20 de marzo de 2018: “una medida de detención preventiva que no es ‘legal’ y no se ha efectuado ‘de conformidad con un procedimiento prescrito por la ley’ debido a la falta de sospecha razonable no puede decirse que haya sido estrictamente requerida por las exigencias de la situación. (...) En ese contexto, el Tribunal observa además que el Gobierno no le ha proporcionado ninguna prueba que pueda persuadirlo de apartarse de la conclusión alcanzada por el Tribunal Constitucional [turco]. 120. A la luz de lo anterior, ha habido una violación del art. 5.1 CEDH en el presente caso”.

⁸²⁸ STEDH 332/57, Caso Lawless contra Irlanda, de 1 de julio de 1961: “Considerando que en el caso particular de G. R. Lawless *no hay nada que pruebe* [cursivas añadidas] que los poderes de detención conferidos al Gobierno irlandés por la Ley modificada de 1940 de Delitos contra la Seguridad del Estado fuesen empleados contra él, bien sea en el sentido del art. 18 CEDH y con otra finalidad distinta a la que estaban previstos, bien sea en el sentido del art. 15 CEDH, en virtud de una medida que fuera más allá de las exigencias de la situación en ese momento (...)”.

⁸²⁹ STEDH 11209/84, Caso Brogan contra Reino Unido, de 29 de noviembre de 1988: “48. El Gobierno insiste una y otra vez en la existencia, en Irlanda del Norte, de una situación muy delicada, especialmente por la amenaza que supone el terrorismo organizado. El Tribunal, conocedor de la extensión del terrorismo en la moderna sociedad, ha reconocido ya la necesidad, inherente al sistema del Convenio, de encontrar un equilibrio justo entre la defensa de las instituciones democráticas en interés de todos y la protección de los derechos individuales”. En este mismo sentido, STEDH Sentencia 12244/86, Caso Fox, Campbell y Hartley contra Reino Unido, de 30 de agosto de 1990.

⁸³⁰ STEDH 14310/88, Caso Murray contra Reino Unido, de 28 de octubre de 1994: “(...) el Gobierno demandado debe proporcionar al menos algunos hechos o datos que puedan convencer al Tribunal de que existían unos motivos verosímiles para sospechar que la persona arrestada podía haber cometido la infracción alegada, sobre todo si está previsto en Derecho interno que exista un criterio menos severo, como es la simple exigencia de sospechas sinceras”; también STEDH 12244/86, Caso Fox, Campbell y Hartley contra Reino Unido, de 30 de agosto de 1990: “32. La ‘racionalidad’ de las sospechas en que se funde una detención es una parte fundamental de la protección que proporciona el art. 5.1. c) contra las privaciones de libertad arbitrarias. El Tribunal, de acuerdo con la Comisión y con el Gobierno, entiende que la existencia de sospechas (o indicios) racionales presupone la de hechos o informes adecuados para convencer a un observador imparcial de que el individuo de que se trate pueda haber cometido el delito. Sin embargo, lo que puede considerarse ‘racional’ dependerá del conjunto de las circunstancias. A este respecto, la

Por otro lado, el TEDH también ha reconocido que la derogación de las disposiciones no puede suponer una discriminación contraria al CEDH, como ocurrió en la Caso A. y otros contra Reino Unido (STEDH 3455/05, de 19 de febrero de 2009), pues las medidas contra el terrorismo que había implementado el gobierno británico distinguían entre nacionales y extranjeros⁸³¹.

Para terminar con las características de la derogación, cabe señalar que el CEDH no prevé en el art. 15 la necesidad de que existan mecanismos de control y garantías sobre las medidas de derogación, pero sí se exige por parte del TEDH. El Tribunal de Estrasburgo ha interpretado que el art. 15, en conexión con el art. 17 (“Prohibición del abuso de derecho”) y con el art. 13 (“Derecho a un recurso efectivo”) no implica una carta en blanco, y exige a los Estados que establezcan los mecanismos de control y garantía que resulten necesarios para impedir el uso injustificado o abusivo de las medidas contra

delincuencia terrorista se incluye en una categoría especial. Ante el peligro de los sufrimientos y de la pérdida de vidas que supone, la policía tiene que actuar con la máxima rapidez para aprovechar sus informaciones, incluidas las procedentes de fuentes secretas. A mayor abundamiento, con frecuencia detiene a presuntos terroristas fundándose en datos de confianza, pero que no se pueden dar a conocer a los sospechosos ni aportar en juicio en apoyo de la acusación, sin poner en peligro su origen”.

⁸³¹ Tras los atentados del 11-S, el Gobierno británico estimó que aquellos hechos demostraban que había terroristas internacionales, en particular los vinculados a Al-Qaeda, que tenían la voluntad y la capacidad de organizar atentados de una magnitud sin precedentes contra objetivos civiles. Al considerar el gobierno británico que el Reino Unido estaba particularmente expuesto debido a su estrecha relación con Estados Unidos, declaró que existía un peligro de extrema gravedad que amenazaba la vida de la nación. Añadió que esta amenaza provenía principalmente de ciudadanos extranjeros que se encontraban en territorio británico, y que formaban una red de apoyo a las operaciones terroristas islámicas en las que Al-Qaeda estaba implicada. El gobierno de Tony Blair presentó un proyecto de ley *Antiterrorism, Crime and Security Act* que incluía la petición al Congreso británico de la derogación del art. 5 CEDH, en base a lo dispuesto en el art. 15 CEDH. La citada norma fue declarada nula por la Cámara de los Loes en 2004 precisamente por ser incompatible con el CEDH, por permitir la detención de sospechosos de terrorismo de una manera que discriminaba por razones de nacionalidad o estatus de inmigración; y por tratarse de un precepto que había permitido recluir en cárceles británicas a ciudadanos extranjeros sospechosos de terrorismo durante tres años sin proceso judicial. Personas que habían estado presas bajo esta norma recurrieron ante el TEDH, dando lugar a la STEDH 3455/05, Caso A. y otros contra Reino Unido, de 19 de febrero de 2009. Recordó el TEDH que “para justificar una derogación, la emergencia debe ser real e inminente; debe afectar a toda la nación en la medida en que se vea amenazada la continuidad de la vida organizada de la comunidad; y la crisis o el peligro debe ser excepcional, en la medida en que las medidas o restricciones normales, permitidas por el Convenio para el mantenimiento de la seguridad, la salud y el orden públicos, sean claramente inadecuadas”. El TEDH entendió que en el Reino Unido sí se daba el presupuesto de “un peligro público que amenazaba la vida de la nación”, pero recalcó que “corresponde al TEDH decidir si, entre otras cosas, los Estados han ido más allá de ‘la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación’ de crisis”. Para el TEDH en este caso “las medidas excepcionales que se adoptaron alegando el art. 15 CEDH fueron desproporcionadas en la medida en que discriminaban injustificadamente entre nacionales y no nacionales”, por lo que no cabía la alegación a la derogación del CEDH.

el terrorismo adoptadas en el ejercicio del derecho de derogación y que, en todo caso, subsanen las posibles arbitrariedades⁸³².

Como se desprende de lo anterior, el art. 15 CEDH está previsto para situaciones excepcionales, y, aunque los Estados gozan de un amplio margen de apreciación, las derogaciones no son ilimitadas.

El sistema constitucional español, como seguidamente analizo, es peculiar en materia de terrorismo y prevé una derogación (suspensión) de derechos. En un primer vistazo podría pensarse que la derogación prevista en el art. 15 CEDH tiene más alcance que las previstas en el derecho interno (art. 55.1 CE para los estados de excepción y sitio y art. 55.2 CE en supuestos de investigación por delitos de terrorismo), pues permite la derogación de todos los derechos del Convenio, salvo los que excluye expresamente. Por el contrario, la CE cita los concretos derechos susceptibles de suspensión, o los concretos aspectos de estos que pueden suspenderse. En el supuesto de las derogaciones con causa en el fenómeno terrorista, no obstante, la realidad muestra cómo el alcance de la previsión española es mucho mayor. La derogación de derechos del CEDH ha sido perfilada por el TEDH con requisitos estrictos, que no se exigen para la suspensión prevista en el art. 55.2 CE. Esta previsión constitucional se desarrolló legalmente desde el principio de la democracia y se ha utilizado de forma permanente e ininterrumpida desde aquellos años, a pesar de que la amenaza terrorista actual no puede equipararse con la imperante en el momento constituyente. A este respecto, sostiene PÉREZ CEPEDA que, a pesar de haber cesado la amenaza terrorista interna, no han sido derogadas por el legislador las medidas excepcionales que limitan derechos fundamentales, y que quizá haya llegado el momento de que sean revisadas por el TEDH. Aunque España cuente con la habilitación constitucional del art. 55.2 CE, es incomprensible para PÉREZ CEPEDA que el Tribunal de Estrasburgo no haya compelido al Estado español para que derogue toda la legislación excepcional que afecta a la vigencia de los derechos humanos previstos en el CEDH (teniendo en cuenta que no existe en la actualidad ninguna circunstancia excepcional)⁸³³. A pesar de la propuesta de la autora (cuyo fondo y objetivo comparto), debe tenerse en cuenta que el control ejercido por el TEDH es un control sobre supuestos individuales de vulneración del CEDH y no un control abstracto, por lo que no advierto de qué forma

⁸³² REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, pág. 148. STEDH 14310/88, Caso Murray contra Reino Unido, de 28 de octubre de 1994; STEDH 14553/89, 14554/89, Caso Brannigan y McBride contra Reino Unido, de 25 de mayo de 1993.

⁸³³ PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, 2017, págs. 148-149.

podría el TEDH entrar a examinar el desarrollo legislativo del art. 55.2 CE⁸³⁴. Lo que sí sería imperioso es aplicar la doctrina restrictiva del TEDH sobre el art. 15 CEDH y sobre las limitaciones generales de derechos fundamentales al interpretar el art. 55.2 CE (en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE), así como tener presente la condición del CEDH de “standard mínimo” (art. 53 CEDH). Como se comprobará en los próximos epígrafes, ello no ocurre en modo alguno. Aunque la derogación de derechos del Convenio es una institución con similar naturaleza jurídica a la de la suspensión del art. 55 CE, en el supuesto español relativo a la actuación de bandas armadas y elementos terroristas (art. 55.2 CE) su aplicación no es en absoluto excepcional y su interpretación es extensiva (a pesar de ser una medida que afecta a derechos fundamentales). Quizás por ello España formuló la siguiente declaración interpretativa⁸³⁵ (que no “reserva”, como la clasifica alguna doctrina⁸³⁶)⁸³⁷ en el Instrumento de ratificación del CEDH: “declara que interpreta: (...) 2) Las disposiciones de los arts. 15 y 17, en el sentido de que permiten la adopción de las medidas contempladas en los arts. 55 y 116 de la CE”⁸³⁸. De otro modo, la suspensión para supuestos de terrorismo prevista en el art. 55.2 nunca superaría los requisitos y estándares que fija la jurisprudencia del TEDH para las derogaciones de derechos. Y quizás por ello también España nunca haya utilizado la posibilidad de

⁸³⁴ En este sentido, aunque en un plano general, no refiriéndose al art. 15 en conexión con el art. 55.2 CE: LAZKANO BROTONS/LASAGABASTER HERRARTE, en: LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 4ª ed., 2021, pág. 914. Los autores estiman que las garantías con respecto a las derogaciones son insuficientes, y defienden que el sistema debería prever mecanismos de defensa de tipo general, no jurisdiccionales, que permitieran un control de esas derogaciones con la suficiente inmediatez física y temporal (idea que también defiende el propio TEDH, como ya he señalado). El que unas medidas de excepción sean controladas años después y en relación con su aplicación a un caso concreto evidencia que el control de su aplicación ha sido muy limitado. Además, las consecuencias derivadas de conculcar el derecho consisten en indemnizaciones económicas, pero la sentencia no impone la modificación de textos legales.

⁸³⁵ También: CARRILLO SALCEDO, en: GÓMEZ ISA (Dir.)/PUREZA (Coord.), *La protección internacional*, 2004, pág. 405.

⁸³⁶ LAZKANO BROTONS/LASAGABASTER HERRARTE, en: LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 4ª ed., 2021, págs. 896-899.

⁸³⁷ De acuerdo con el Informe de la Comisión de Derecho Internacional, A/66/10/Add.1, 2011, págs. 76-77: “Las declaraciones interpretativas se distinguen de las reservas principalmente por el objetivo perseguido por el Estado o la organización internacional que las formulan: al formular una reserva, el Estado o la organización internacionales [sic] pretenden excluir o modificar los efectos jurídicos que tienen para ellos ciertas disposiciones del tratado (o el tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos); al formular una declaración interpretativa, pretenden aclarar y precisar el sentido y el alcance que atribuyen al tratado o a algunas de sus disposiciones. 2) Dicho con otras palabras: la calificación de una declaración unilateral como reserva depende de si su objeto es excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al Estado o a la organización internacional que la ha formulado, y la calificación de una declaración unilateral como declaración interpretativa depende de si tiene por objeto precisar o aclarar el sentido o el alcance que su autor atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones”.

⁸³⁸ Sobre esto: REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 137-138.

derogación del CEDH, a pesar de que la derogación aportaría la tranquilidad de la exención de responsabilidad internacional y una protección jurisdiccional adicional dispensada por el TEDH⁸³⁹.

Por último, cabe señalar también el TEDH se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre vulneraciones del art. 3 CEDH (la prohibición de la tortura y las penas o los tratos inhumanos o degradantes) en el contexto del terrorismo, puesto que el art. 3 queda terminantemente excluido de las derogaciones del art. 15 CEDH. Muchas de estas vulneraciones se han perpetrado en España, concretamente en el contexto del régimen de detención incomunicada.

2. El art. 55.2 y la constitucionalización de la excepción en materia de terrorismo en España

Como se ha señalado, la CE va más allá de los ordenamientos constitucionales comparados, y en 1978 consagró un régimen específico de suspensión de derechos para los investigados por terrorismo. Así pues, la norma fundamental posibilita que una ley orgánica determine la forma y los casos en los que, individualmente y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17.2 (garantía de la duración máxima de setenta y dos horas de la detención preventiva), y 18.2 (inviolabilidad del domicilio) y 3 (secreto de las comunicaciones) puedan ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. El último inciso del precepto incluye un mandato al legislador penal, pues prevé que la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica conllevará responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

Aunque el art. 55.2 CE debiera entenderse como una autorización constitucional referido a normas puramente procesales circunscritas a la suspensión de tres concretos derechos fundamentales en el curso de determinadas investigaciones, la realidad no esa. Este precepto ha tenido y tiene en la actualidad muchas más implicaciones de las que se desprenden de su simple lectura. De hecho, este precepto tan singular supone, en mi

⁸³⁹ REQUEJO RODRÍGUEZ, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, pág. 1541.

opinión, la constitucionalización de una situación excepcional o de emergencia terrorista, que sirve de muy buen anclaje a todo el entramado legislativo antiterrorista español⁸⁴⁰.

⁸⁴⁰ ETXEBERRIA GURIDI, *Revista Vasca de Administración Pública*, N°36, 1, 1993, pág. 64, advierte el peligro que supone que la legislación antiterrorista desborde objetivamente el ámbito concreto del art. 55.2 CE; y por ello apunta que el objeto de su estudio no puede quedar limitado únicamente a los supuestos en que el art. 55.2 CE faculta la suspensión de derechos constitucionales, y lo extiende a todas aquellas particularidades o especialidades que la legislación positiva española ofrece en el ámbito procesal respecto a la delincuencia terrorista y a las personas presuntamente responsables de la misma. TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, 1988, págs. 37-38, comentando las reformas en el CP y en la LECrim operadas respectivamente por las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, apunta a que se acogen a la autorización constitucional del art. 55.2. Con esa cobertura constitucional, dice, se acomete la reforma de la penalidad del CP, siempre en sentido agravatorio, que además introduce tipos de autor. En este mismo sentido, no le falta razón a LANDA GOROSTIZA, *RECPC*, N°17, 2015, págs. 29-30, cuando manifiesta que la suspensión del art. 55.2 CE habilita la suspensión de derechos solo en fase de investigación; por lo que una política penitenciaria (cuestión de la que trata su artículo) que otorga un régimen diferente y de mayor restricción de los derechos fundamentales respecto de un colectivo particular de presos no podría entonces anclarse en una interpretación analógica *contra reo* de la citada habilitación constitucional. Así, para el autor, una política antiterrorista especial y excepcional *de facto* o *de iure* atenta tendencialmente contra el modelo de suspensión individualizada de derechos fundamentales en la CE, y, también, contra el propio modelo legal de individualización científica y su aneja prohibición de discriminación (art. 3 LOGP) respecto del entendimiento de lo que debe significar el principio de reinserción. CANO PAÑOS, *Régimen penitenciario de los terroristas*, 2012, pág. 33, por su parte, refiriéndose también al sistema penitenciario específico para los presos terroristas, señala que las pretensiones de constitucionalidad del mismo suelen buscar cobijo bajo el manto del art. 55.2 CE. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, pág. 138, señala que la conciencia de excepcionalidad que inunda la legislación antiterrorista viene reforzada tanto por la mención expresa que realiza el art. 55.2 CE, como por el hecho de que durante años el fenómeno terrorista tuviera un único protagonista. En parecida dirección, apunta RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo*, 2012, pág. 28, que la legislación antiterrorista española surge en la etapa democrática como una legislación excepcional en periodos de intensa actividad terrorista (por tanto, con una vigencia temporal limitada y una justificación de su excepcionalidad), si bien estas leyes nunca fueron derogadas por completo, sino que fueron sustituidas sucesivamente y finalmente integradas en el CP, sin que ello significara que se las despojara de su carácter excepcional, sino que la excepción se asentó en el propio sistema. Ello, según la autora, viene indudablemente favorecido por el art. 55.2 CE, que implica la consagración constitucional de un instituto que materialmente es derecho de excepción (por cuanto supone la suspensión de derechos fundamentales), pero que potencialmente puede tener eficacia permanente, pues no está subordinado formalmente a la presencia de una situación excepcional, ni exige nada parecido a un estado excepcional declarado a diferencia del art. 55.1 CE. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *Excepcionalidad antiterrorista*, Tesis inédita, 2015, págs. 161-162, apunta a que en España la normativa antiterrorista se encuentra integrada en la legislación ordinaria; pero que el conjunto de previsiones específicas dentro de la legislación ordinaria configura un conjunto de normativa procesal, penal y penitenciaria ciertamente excepcional. Dicha excepcionalidad viene en algunas cuestiones a ampararse en el art. 55.2 CE, y en otros casos, no amparados por este precepto, se niega la excepcionalidad o se configura como una especialidad justificada que no vulnera ni suspende derechos fundamentales. VARONA MARTÍNEZ, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI/MUÑAGORRI LAGUÍA (Dir.), *Aplicación de la normativa antiterrorista*, 2008, pág. 228, que se refiere a la “fuerza expansiva” del art. 55.2 CE y el carácter inquisitivo del proceso penal que introduce (amén del riesgo que produce para los derechos fundamentales la situación de incomunicación). O PORTILLA CONTRERAS, en: DE VICENTE MARTÍNEZ/GÓMEZ INIESTA/MARTÍN LÓPEZ/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/NIETO MARTÍN (Ed.), *LH Arroyo Zapatero*, Vol. I, 2021, págs. 593 y ss., que se refiere a “espacios legales y judiciales biopolíticos de suspensión permanente de los derechos” y menciona los delitos previstos en los arts. 510, 575, 577.2, 578 y 579 CP (salvo el primero, todos los demás son delitos de terrorismo).

Excurso: el proceso constituyente del art. 55.2 de la Constitución

El proceso constituyente⁸⁴¹ de este precepto es de inestimable ayuda a la hora de comprender e interpretar el art. 55.2 CE.

La gestación del citado precepto constitucional fue ciertamente cambiante⁸⁴². De hecho, fue uno de los artículos que más modificaciones sufrió durante la elaboración de la CE, no teniendo ninguna relación el texto inicialmente proyectado con el finalmente aprobado (ni en sentido, ni en contenido)⁸⁴³, habiéndose incorporado su texto definitivo a la CE, a mi juicio, de una forma algo subrepticia. No le falta razón a LACASTA ZABALZA cuando dice que con el art. 55.2 “hay que practicar alguna arqueología que rescate su proveniencia jurídica y su presencia en la CE”⁸⁴⁴. Tal cambio sustancial al texto inicialmente proyectado vino motivado por la violencia que en aquellos años sufría España proveniente fundamentalmente de ETA y de los GRAPO⁸⁴⁵, muy intensa también durante el propio periodo constituyente⁸⁴⁶, como demuestra la lectura de la documentación de la elaboración de la CE, plagada de referencias al terrorismo y a los sucesivos episodios violentos acaecidos.

La sesión constitutiva de la Comisión Constitucional tuvo lugar el día 1 de agosto de 1977. En esa misma sesión, se designó la ponencia que habría de redactar el anteproyecto de Constitución. La ponencia constitucional celebró un total de 29 sesiones entre agosto y diciembre de aquel año. Por el carácter reservado de la ponencia no existe versión oficial publicada del contenido de sus reuniones, aunque sí se publicaron las minutas y actas en la *Revista de las Cortes Generales*, N°2, 1984. De la minuta de la reunión de 27 de septiembre de 1977, se extrae el primer texto antecedente de nuestro actual art. 55.2 CE. Estaba numerado como art. 44.2, y rezaba: “Con arreglo a la Ley y por sentencia firme de los Tribunales penales, procederá la privación temporal de los derechos de libertad de expresión, enseñanza, reunión, asociación y secreto de las comunicaciones por razones de seguridad del Estado, protección de la salud, de la moral y protección de los derechos y libertades de los demás ciudadanos”⁸⁴⁷.

⁸⁴¹ Sobre esto, pueden verse: REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 100-129; MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual*, 2002, págs. 164-179.

⁸⁴² Toda la documentación relativa a la elaboración y aprobación de la CE puede consultarse en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/index.htm> (último acceso 19/03/2023).

⁸⁴³ Advierten este cambio radical en la redacción primigenia con respecto a la actual: FERNÁNDEZ SEGADO, *REP*, N°35, 1983, págs. 135-136; PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, pág. 263; REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 102 y 111; MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual*, 2002, pág. 172.

⁸⁴⁴ LACASTA ZABALZA, *Príncipe de Viana. Suplemento de ciencias sociales*, N°16, 1997, pág. 65.

⁸⁴⁵ Desde la muerte del dictador, el 20 de noviembre de 1975, hasta la ratificación en referéndum de la CE el 6 de diciembre de 1978, ETA había matado a un total de 84 personas y los GRAPO a un total de 10.

⁸⁴⁶ Desde la sesión constitutiva de la Comisión Constitucional el día 1 de agosto de 1977 hasta la aprobación de la CE en referéndum el día 6 de diciembre de 1978, ETA había matado a 63 personas.

⁸⁴⁷ *Revista de las Cortes Generales*, N°2, 1984, pág. 278. Puede consultarse en: <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf> (último acceso 19/03/2023).

La Comisión Constitucional, en su Borrador del Proyecto de Constitución, recogió un texto similar al anteriormente transcrito, esta vez en el art. 47.2: “Con arreglo a la Ley y por sentencia firme, procederá, como pena accesoria, la privación temporal y circunstanciada de los derechos de libertad de expresión, de enseñanza, de reunión, de asociación, de sufragio y de ejercicio de cargo público por razones de seguridad del Estado, protección de la moral y protección de los derechos libertades de los ciudadanos”⁸⁴⁸.

El 5 de enero de 1978 se publicó el texto del Anteproyecto de Constitución. En virtud del mismo, el art. 47.2 CE, quedó como sigue: “Con arreglo a la ley y por sentencia firme procederá, como pena accesoria, la privación temporal de los derechos de libertad de expresión, de enseñanza, de reunión, de asociación, de sufragio y de ejercicio de cargo público, por razones de seguridad del Estado, protección de la moral y protección de los derechos y libertades de los ciudadanos”⁸⁴⁹.

Tras el trámite de enmiendas⁸⁵⁰, el 17 de abril de 1978, se publicó el Informe de la Ponencia con un segundo Anteproyecto de CE, en el que se habían incluido modificaciones a partir de las enmiendas presentadas⁸⁵¹. En este Informe, el art. 47.2 continuaba con el último texto anteriormente transcrito, pero reenumerado como art. 50⁸⁵².

Los textos transcritos estaban claramente inspirados en el art. 18 de la Constitución alemana⁸⁵³, que prevé una suspensión de ciertos derechos por el uso abusivo de los mismos, lo que tenía su razón de ser en la barbarie vivida bajo el nazismo. El texto español proyectado, concebía la suspensión como una pena accesoria, impuesta tras una sentencia. Alguna doctrina señala que con este texto cabía hablar de una suspensión (pues se trataba de una privación temporal de derechos), que, además, se podía entender realmente como una suspensión individual en cuanto su aplicación procedía de una sentencia en la que necesariamente se habían de

⁸⁴⁸ *Revista de las Cortes Generales*, N°2, 1984, pág. 394. Puede consultarse en: <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf> (último acceso 19/03/2023).

⁸⁴⁹ Boletín Oficial de las Cortes, N°44, de 5 de enero de 1978. Consulta: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF (último acceso 19/03/2023).

⁸⁵⁰ Todas las enmiendas presentadas pueden consultarse en: <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf> (último acceso 19/03/2023). Se formularon algunas enmiendas de supresión del art. 47.2, pues algunos Diputados sostenían la innecesaridad del precepto, su falta de claridad, así como la improcedencia de regular esta materia en la Constitución.

⁸⁵¹ Boletín Oficial de las Cortes, N°82, de 17 de abril de 1978. Consulta: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.PDF (último acceso 19/03/2023).

⁸⁵² Cabe señalar también en este momento que el art. 12.3 del primer Anteproyecto (actual art. 13.3 CE) no hacía referencia al terrorismo en cuanto a que no se consideraría como delito político a la hora de excluir la extradición, pero sí se incluye esa referencia en el art. 12.3 del segundo Anteproyecto.

⁸⁵³ Art. 18 *Grundgesetz*: “[Privación de los derechos fundamentales] Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (art. 5.1), de la libertad de enseñanza (art. 5.3), de reunión (art. 8), de asociación (art. 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (art. 10), así como del derecho de propiedad (art. 14) y del de asilo (art. 16a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal”.

individualizar los sujetos y las medidas a imponer, por lo que no cabía una aplicación indiscriminada a todos los ciudadanos⁸⁵⁴.

Ahora bien, el texto proyectado, aunque muy similar al alemán, difería de él en algunos aspectos. Los motivos habilitantes para la suspensión de derechos del Anteproyecto español obedecían a razones de seguridad del Estado, protección de la moral y protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, mientras que el precepto alemán establece como supuesto habilitante para su adopción el “uso abusivo de determinados derechos”. Además, el órgano jurisdiccional competente para adoptar esa medida suspensiva es distinto, pues al amparo de la *Grundgesetz* el órgano encargado es el TC alemán, mientras que en el supuesto español los encargados eran los tribunales penales ordinarios⁸⁵⁵.

Volviendo al proceso constituyente, la Comisión Constitucional, que había pasado a llamarse “de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas”, debatió el Informe citado durante 24 sesiones celebradas entre los meses de mayo y junio de 1978⁸⁵⁶.

Durante la sesión de la Comisión de 23 de mayo, se presenta *in voce* un nuevo texto del art. 50⁸⁵⁷, con un contenido radicalmente distinto al proyectado, que se correspondía con el de nuestro actual art. 55.2. En la documentación parlamentaria no consta la justificación de este repentino cambio, que debió consensuarse previamente, ya que fue aprobado por la Comisión por unanimidad y sin debate⁸⁵⁸. Fue aquella sesión de 23 de mayo de 1978 una jornada marcada por una inusual rapidez, en la que se aprobaron los textos de un elevado número de artículos en comparación con las anteriores sesiones. Parece ser que la noche anterior se había celebrado una reunión/cena a la que asistieron miembros de UCD y del PSOE⁸⁵⁹, en la que se pusieron de

⁸⁵⁴ PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, págs. 262-263; REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, pág. 103.

⁸⁵⁵ Existe un debate doctrinal en torno a si este art. 18 es comparable al 55.2. En mi opinión el texto proyectado efectivamente tenía como inspiración directa el art. 18 de la *Grundgesetz*, pero de ningún modo el actual art. 55.2 CE. Esta es la opinión mayoritaria, por ejemplo: FERNÁNDEZ SEGADO, *REP*, N°35, 1983, págs. 125-126; BOBILLO DE LA PEÑA, *REP*, N°48, 1985, págs. 65-66; ETXEBERRIA GURIDI, *Revista Vasca de Administración Pública*, N°36, 1, 1993, pág. 85; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1999, pág. 29; MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual*, 2002, págs. 112-113.

⁸⁵⁶ Consulta: https://app.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/ses_cong_com.htm (último acceso 19/03/2023).

⁸⁵⁷ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, Sesión N°11, de 23 de mayo de 1978, pág. 2627: “El señor PRESIDENTE: Pasamos a debatir el art. 50 con la propuesta de nueva redacción distribuida entre los miembros de la Comisión. Se mantiene el apartado 1 en sus propios términos y se agrega un apartado 2 con un segundo párrafo. ¿Disponen ya de este texto los señores de la Comisión? (...) No manteniéndose ninguna enmienda o voto particular, procede poner a votación el art. 50 con la nueva redacción suscrita por los seis Grupos Parlamentarios tantas veces referidos [UCD, Socialista del Congreso, Socialista de Cataluña, Comunista, Minoría Catalana y Mixto]. (...) Efectuada la votación, queda aprobado el art. 50 por unanimidad”. Consulta: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_072.PDF (último acceso 19/03/2023).

⁸⁵⁸ REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, pág. 111.

⁸⁵⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La elaboración de la Constitución de 1978*, 1988, pág. 173.

acuerdo sobre el contenido del Título I de la CE. Previamente, el vicepresidente del Gobierno Fernando Abril Martorell se había reunido con los representantes de Minoría Catalana y del Partido Comunista para solicitarles su apoyo ante un posible entendimiento con el PSOE. El acuerdo alcanzado durante aquella reunión/cena se materializó en la sesión de la Comisión del día siguiente, con la aprobación de nada más y nada menos que 27 artículos, entre los que figuraba el texto totalmente novedoso del actual art. 55.2 CE⁸⁶⁰. Uno de los asistentes a esa cena, el constituyente PECES-BARBA MARTÍNEZ manifestó en una de sus monografías que: “bien entrada la madrugada de la noche del 22 al 23 de mayo llegaron a acuerdos de redacción de más de 20 artículos, desde el 24 al 50. También acordamos textos de consenso para artículos ya discutidos, que serían modificados en el debate del Pleno (...)”⁸⁶¹.

Es cierto que previamente, concretamente en la sesión de la Comisión de 18 de mayo, se había debatido, a partir de una enmienda *in voce* de Sancho Rof, la posibilidad de incluir en la CE una previsión cuyo contenido facultara al legislador para tomar medidas excepcionales en el contexto del terrorismo⁸⁶². Ahora bien, esta enmienda proponía la inclusión de unas salvedades a los preceptos que recogían los derechos a la libertad y a la seguridad, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones (en el Anteproyecto, arts. 16 y 17). Así, el Diputado que formuló la enmienda, expresaba: “introducir un inciso en el texto del Proyecto, de tal forma que sea posible que el Parlamento apruebe una ley que modifique el sistema de la detención preventiva, con los fines exclusivos de garantizar la seguridad pública y los derechos y libertades reconocidos en la CE. Dicho de otra forma, se trata simplemente de que sea posible por ley (y evidentemente en casos excepcionales) establecer medidas de prevención del terrorismo. Y anuncio (...) que este inciso pretende introducirlo no solo aquí, sino también, y con este mismo fin, en otros apartados; concretamente en los apartados 2 y 3 del art. 17, en lo que se refiere a la entrada en domicilios y en lo que se refiere a la inspección postal y telegráfica. La redacción

⁸⁶⁰ He tomado esta información de REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 114-115, n.p. 165.

⁸⁶¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La elaboración de la Constitución de 1978*, 1988, pág. 174.

⁸⁶² También había intentado previamente el Diputado Sancho Rof, concretamente en el trámite de Enmiendas, introducir en el precepto relativo a la vida y la integridad física medidas específicas para luchar contra el terrorismo: “En este precepto cabría incorporar una declaración constitucional de condena del terrorismo, que supone, fundamentalmente, utilizar la vida y la integridad física de los demás para imponer las propias ideas (delito contra la democracia) o para obtener un lucro (delito contra las personas y contra la propiedad). Además, el terrorismo supone, generalmente, una amenaza actuante contra la sociedad en general, tanto por la indeterminación de sus posibles víctimas como por el sentimiento de inseguridad que suele provocar. Finalmente, habría que añadir que en la sociedad actual el terrorismo puede procurarse y utilizar unos medios excepcionales y unas relaciones a nivel internacional que hacen enormemente difícil su tratamiento. Podría pensarse en un apartado 3 (nuevo) para el art. 15, cuya redacción sea la siguiente: ‘El ordenamiento penal tipificara de modo especial los delitos y atentados contra la vida o la integridad física de las personas realizadas con el propósito de alterar la convivencia democrática o la seguridad del Estado’” (Enmienda N°714).

Consulta: <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf> (último acceso 19/03/2023).

puede ser la que ha dado UCD; la redacción puede ser otra. De lo que se trata es, simplemente, de poder establecer, en casos excepcionales, en los cuales la seguridad ciudadana pueda verse gravemente comprometida, que esas medidas excepcionales existan; medidas excepcionales adoptadas en estos momentos por algunos países y que, desde luego, entendemos que la Constitución debe prever la posibilidad de que existan. (...) Lo que se pretende con la posibilidad de una ley, de acuerdo con el inciso que se propone, es que las medidas de excepción no tengan necesariamente que generalizarse, sino que las medidas de excepción puedan particularizarse para personas concretas, sospechosas de delitos concretos. (...) una ley de medidas excepcionales para situaciones excepcionales del carácter más restrictivo posible, con el adecuado control judicial, con el adecuado control parlamentario; pero entiende que, en una Constitución, que estamos haciendo en este momento, esta posibilidad de que esta ley exista debe de preverse”⁸⁶³. Las intervenciones subsiguientes de algunos Diputados fueron muy críticas con esta enmienda presentada *in voce* por UCD, y, dado que no se había proporcionado un tiempo de reflexión sobre ella, se pidió un aplazamiento de la deliberación para una sesión posterior. Tras unos momentos de vacilación en la Cámara, se pidió a UCD que decidiera si mantenía la enmienda (y en tal caso se votaría), o si la retiraba, pues no iba a accederse a suspender la votación y aplazarla para otra fecha. Así pues, UCD comunicó que retiraba “la literalidad de la enmienda, pero no la enmienda en su espíritu y fundamento”, y posponía su reflexión al debate “del art. 48, que trata de las garantías, de las libertades y derechos fundamentales”.

Volviendo a la sesión de la Comisión del 23 de mayo, parece ser, entonces, que en la citada reunión/cena de la noche del 22 de mayo se llegó de algún modo a un consenso informal sobre la suspensión individual de derechos fundamentales, pues como ya se ha expuesto, el texto del art. 50.2 del Anteproyecto fue introducido *ex novo* en la sesión de 23 de mayo, consagrando el contenido de la enmienda *in voce* que había manifestado el Diputado y Subsecretario del Interior Sancho Rof a los arts. 16 y 17 del Anteproyecto en la sesión de 18 de mayo, y que tantas críticas había recibido.

PRIETO SANCHÍS, que advierte el cambio repentino en la redacción del precepto, opina que parece que “alguien pensó que aquel cambio de texto podía servir de ‘percha’ constitucional a la caótica legislación procesal antiterrorista que venía produciéndose en los últimos años y que aún habría de producirse en el futuro”⁸⁶⁴. Y no le faltaba razón. Manifiesta REMOTTI CARBONELL que toda esta información sobre las vicisitudes constituyentes de esta suspensión individual de derechos, así como las referencias a la aprobación de la Ley 56/1978, de 4 de diciembre

⁸⁶³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, Sesión N°8, de 18 de mayo de 1978, pág. 2499, https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_069.PDF (último acceso 19/03/2023).

⁸⁶⁴ PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, pág. 263.

(seguidamente me refiero a ella), aunque ilustradoras, no permiten encontrar ni quién exactamente, ni por qué se decidió incorporar la norma estudiada al texto constitucional. Ahora bien, la condición de Sancho Rof de Subsecretario del Interior y las normas antiterroristas de la época, hacen pensar que el origen de esta decisión venía del Ministerio del Interior y fue trasladada al Grupo Parlamentario de UCD⁸⁶⁵. Estas sospechas quedaron zanjadas en las memorias del titular de aquel Ministerio, Martín Villa, en las que se atribuyó la autoría del art. 55.2 CE: “este artículo fue redactado personalmente por mí, defendido sin muchas asistencias por el entonces Subsecretario del Interior Sancho Rof, atacado por alguna prensa (...) la inclusión de tales medidas en el texto constitucional pretendía evitar en lo posible el recurso a los Estados de excepción porque estábamos convencidos de que difícilmente se darían las condiciones de subversión generalizada en las que este recurso encuentra su verdadera utilidad”⁸⁶⁶. Se entienden perfectamente ahora sus declaraciones en la Sesión plenaria N°44 del Congreso, de 27 de julio, en la que presentó e hizo una extensa defensa del proyecto de ley que más tarde desembocaría en la Ley 56/1978, cuyo contenido coincidía (y desarrollaba, aunque de forma anticipada, el precepto constitucional) con el del proyectado art. 50.2, nuestro actual art. 55.2 CE. Y es que, de forma simultánea al proceso constituyente del art. 55.2 CE, se debatió la ley antiterrorista, que preveía, antes de la aprobación de la CE, las suspensiones de garantías para los implicados en delitos de terrorismo⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 123-124.

⁸⁶⁶ MARTÍN VILLA, *Al servicio del Estado*, 1984, pág. 166.

⁸⁶⁷ Son significativas las palabras del entonces titular del Ministerio de Interior Martín Villa: “(...) El recrudecimiento ininterrumpido del terrorismo justifica la necesidad de un instrumento jurídico que facilite en todo momento y en todo el territorio nacional la actuación policial en el campo de la prevención e investigación (...). Es, pues, una ley para todo el territorio nacional que no supone, por tanto, ninguna acción específica contra determinadas zonas del mismo. (...) La generalización del terror, sus depurados medios instrumentales, su tecnificación y racionalización, obligan (...) a considerar al terrorismo como el problema clave desde el punto de vista de la seguridad ciudadana y de la seguridad del Estado. (...) las medidas a que se refiere el proyecto de ley (...) son las comúnmente adoptadas en las legislaciones de países pertenecientes al contexto político de las democracias occidentales y que son, en síntesis, las siguientes: la posibilidad de ampliar por más de setenta y dos horas la detención gubernativa, hasta un plazo máximo de otros siete días. La posibilidad de ordenar la incomunicación del detenido o preso por el tiempo que se estime necesario, sin perjuicio del derecho de defensa que asiste a dicho detenido o preso. La determinación de considerar siempre como flagrantes los delitos comprendidos en esta ley, a los efectos de una mayor facilidad para la entrada y registro en locales cerrados. La posibilidad de ordenar por un plazo de tres meses, prorrogables por iguales períodos, la observación postal, telegráfica y telefónica. (...) La atribución de la competencia para la instrucción, conocimiento y fallo de las causas por los delitos y conductas previstos en esta ley a los JCI y a la AN (...). *El propio texto constitucional, recientemente aprobado por el Pleno de esta Cámara, prevé en su art. 50.2, que una ley orgánica podrá determinar y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, puedan ser suspendidos para personas determinadas los derechos sobre el plazo máximo de la detención preventiva, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas* [cursivas añadidas]. (...) La ley que se somete a vuestra aprobación resulta, por otra parte, frente al fenómeno del terrorismo, mucho más adecuada que cualquier declaración de Estado de excepción. El terrorismo, por su propia naturaleza, es algo esencialmente limitado y los activistas a su servicio nunca pasan de ser una minoría. De ahí que las medidas a adoptar por la acción gubernativa no deban tener un campo de aplicación general o absoluto, sino que,

El texto del precepto constitucional, aprobado de una forma ciertamente oculta, no recibió apenas críticas en las fases posteriores del proceso constituyente⁸⁶⁸. El 1 de julio de 1978 se publicó el Dictamen de la Comisión, las enmiendas que se mantenían para su defensa ante el Pleno y sus votos particulares⁸⁶⁹.

El Pleno del Congreso debatió el Dictamen a lo largo de doce sesiones durante el mes de julio⁸⁷⁰. En esta fase, el Diputado Letamendia Belzunce se quejó del precepto estudiado, pues consideraba que suponía “la constitucionalización de unas medidas antiterroristas, que no suponen sino un estado de excepción encubierto”⁸⁷¹. En la Sesión plenaria del 12 de julio, en la que se aprobó el texto del art. 50.2, no se hicieron apenas referencias al mismo. El Diputado Cuerda Montoya calificó el precepto como instituyente de “una excepción de la excepción; es decir, junto al estado de excepción de carácter generalizado, aquí se contempla una posibilidad de que para determinadas personas y en relación con determinadas investigaciones sobre actuación de bandas armadas o elementos terroristas, puedan establecerse unas circunstancias de excepcionalidad que no requieran la declaración del estado de excepción”. Primero, manifiesta que su Grupo parlamentario (Grupo Parlamentario Vasco, PNV) no puede apoyar este apartado 2, pues consideran que “esta excepción en relación con el estado de excepción podría, en cualquier caso, efectivamente, constituir un grave atentado al ordenamiento jurídico constitucional que

por el contrario, deban exclusivamente limitarse y restringirse a los delitos, conductas y personas comprendidos en la ley. La diferencia entre las medidas que la ley establece y el estado de excepción es obvia. Ciertamente, tales medidas constituyen una fórmula de derecho excepcional y extraordinaria, porque excepcional y extraordinario es el fenómeno delictivo que se trata de prevenir. Pero en modo alguno conforman un estado de excepción enmascarado. (...) con esta ley se va a evitar la declaración de Estados de excepción poco o nada justificados desde la exclusiva perspectiva de la prevención y de la sanción de actividades terroristas”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión plenaria N°44, de 27 de julio de 1978, págs. 4685-4689, consulta: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_118.PDF (último acceso 19/03/2023).

⁸⁶⁸ La única que puede citarse en esta fase fue formulada por el Diputado Letamendia Belzunce: “El 21 de octubre, el Gobierno habló ya de una ley antiterrorista, que en su día fue rechazada por el PSOE; el 22 de noviembre se creó una unidad de antiterrorismo; el 30 de marzo de este año, según la prensa, España compró equipos de seguridad antiterrorista, y el 10 de mayo se habla de que esta ley antiterrorista puede ser anticonstitucional. Pero, desgraciadamente para los vascos y para los demás ciudadanos del Estado español, la modificación del art. 50 de la Constitución permite que, en esta ley antiterrorista, después de su aprobación, se amplíen los plazos de detención; ya no va a ser anticonstitucional, porque el art. 50 justifica constitucionalmente esta ley antiterrorista”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, Sesión N°21, de 15 de junio de 1978, pág. 3348 https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_090.PDF (último acceso 19/03/2023).

⁸⁶⁹ Boletín Oficial de las Cortes, N°121, de 1 de julio de 1978. Puede consultarse en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_121.PDF (último acceso 19/03/2023).

⁸⁷⁰ Pueden consultarse aquí las sesiones: https://app.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/ses_cong_pleno.htm (último acceso 19/03/2023).

⁸⁷¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, Sesión plenaria N°32, de 4 de julio de 1978, pág. 3772. Puede consultarse en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_121.PDF (último acceso 19/03/2023). Esta misma calificación de “estado de excepción encubierto” realizan ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, pág. 192, y TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, 1988, pág. 37.

intenta establecerse⁸⁷². No obstante, seguidamente el Diputado reconoce que los reparos de su Grupo quedan minimizados desde el momento en que estas posibilidades exorbitantes de actuación quedan limitadas en un doble sentido, mediante la intervención judicial y el adecuado control parlamentario, y terminan por aceptar su inclusión constitucional. Aquel 12 de julio, pues, quedó aprobado el entonces art. 50.2 en el Congreso, con un total de 280 votos emitidos, con 278 a favor y dos abstenciones.

El texto constitucional fue aprobado por el Congreso el día 21 de julio, y remitido al Senado. En la Cámara Alta, el texto no sufrió ninguna modificación, pues las escasas enmiendas que se le formularon fueron rechazadas. El 31 de agosto de 1978 se votó en la Comisión Constitucional del Senado el texto del art. 50.2, quedando aprobado y reenumerado en el art. 54.2 del Proyecto. De aquella sesión, pueden destacarse las intervenciones del Diputado Badrés Molet, que, reconociendo “nos oponemos terminantemente al apartado 2 de este artículo, porque se trata, nada más y nada menos que de elevar a rango constitucional algo muy parecido a la Ley contra las bandas armadas o Ley antiterrorista (...) Una ley orgánica cuidará de dejar en suspenso estos importantes derechos de un modo individual discriminado para personas determinadas. Esto, a mi juicio no es juego limpio, me parece una trampa. (...) está consagrando un estado de excepción particularizado, solapado. (...) una especie de estado de excepción discriminatorio” o las palabras del Diputado Zabala Alcibar, que estimaba que este precepto “no debe entrar en un texto constitucional. (...) Creemos que el texto crea una especie de ciudadanos sospechosos, y esto en una Constitución lo consideramos grave⁸⁷³. El 29 de septiembre, en la Sesión plenaria celebrada, se aprobó el texto por el Senado.

El texto no sufrió cambios, por lo que lo único reseñable es su reubicación definitiva en art. 55.2, que quedó recogido en el Dictamen de la Comisión Mixta del Congreso y el Senado⁸⁷⁴.

⁸⁷² Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión plenaria N°37, de 12 de julio de 1978, pág. 4151, puede consultarse en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_108.PDF (último acceso 19/03/2023).

⁸⁷³ Diario de Sesiones del Senado, Comisión Constitucional, Sesión N°9, de 31 de agosto de 1978, págs. 2134-2136 y 2138-2139. https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/SEN/DS/S_1978_047.PDF (último acceso 19/03/2023).

⁸⁷⁴ Boletín Oficial de las Cortes, de 28 de octubre de 1978, pág. 3710, puede consultarse en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_170.PDF (último acceso 19/03/2023).

2.1. La interpretación del art. 55.2 de la Constitución y de la institución jurídica de la “suspensión individual de derechos fundamentales”

El art. 55.2 CE⁸⁷⁵ configura una norma compleja, que se inserta además en el complejo subsistema de los derechos constitucionales⁸⁷⁶. Estamos ante una norma de ambigua redacción⁸⁷⁷ y problemática, pues contiene lagunas y no se corresponde con la lógica que se desprende de la regulación de la excepción en el art. 55.1 en conexión con el art. 116 CE y con su norma de desarrollo (LOEAES), que articulan un sistema cerrado de la excepción que gira en torno a rígidas garantías⁸⁷⁸.

Como consecuencia de esta complejidad y de su carácter *sui generis*, pero sobre todo por su significación como institución jurídica que afecta de forma muy incisiva en los derechos fundamentales de un muy específico grupo de presuntos delincuentes, son múltiples las cuestiones que esta norma constitucional pone en evidencia, así como muy variadas opiniones doctrinales.

Lo primero a lo que cabe hacer alusión, por tratarse de lo más genérico, es la pertinencia o no de introducir en la norma constitucional referencias a un problema delictivo de carácter coyuntural como es el terrorismo, que la CE incorpora por partida doble, en su art. 13.3 (en virtud del cual no se consideran políticos los delitos de terrorismos a los efectos de la extradición) y en su art. 55.2. Como se ha intentado plasmar al narrar el proceso constituyente del art. 55.2, la elaboración de la CE estuvo muy influenciada por la intensa actividad terrorista de la época. Sin desdeñar aquellos execrables hechos, la sede constitucional no parece la apropiada para albergar una previsión encaminada a atajar una situación delictiva específica y de carácter excepcional, y, diría más, relativa a un fenómeno que carecía en el momento constituyente de definición. Esta problemática, en todo caso, corresponderá solucionarla a las instituciones del sistema político organizado precisamente por la CE⁸⁷⁹, pero no a la norma

⁸⁷⁵ “Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. / La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

⁸⁷⁶ REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 182-183, n.p. 294.

⁸⁷⁷ SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, pág. 130.

⁸⁷⁸ LÓPEZ BASAGUREN/MAESTRO BUELGA, *Revista Vasca de Administración Pública*, N°21, 1988, pág. 48.

⁸⁷⁹ CARRASCO DURÁN, en: PÉREZ ROYO/CARRASCO DURÁN (Dir.), *Terrorismo, democracia y seguridad*, 2010, pág. 16.

constitucional misma. Esta opinión, como se ha visto, no era ajena a algunos constituyentes, y así lo demuestran algunas de las intervenciones que tuvieron lugar en los debates referidos a los actuales arts. 13.3⁸⁸⁰ y 55.2 CE (aunque sobre este precepto en menor medida, por su anómala introducción en la CE), y también es la opinión defendida por mucha doctrina⁸⁸¹. Además, tanto la CE como el CEDH otorgan suficientes medios para la imposición de un sistema excepcional si así lo requiriera una situación, que, como ya se ha visto, podría aplicarse a situaciones de grave amenaza terrorista, sin la necesidad de instituir constitucionalmente un sistema de suspensión de derechos exclusivamente para ese supuesto.

GIMBERNAT ORDEIG, incluso, lo identifica como “un precepto inconstitucional dentro de la propia CE”, pues entra en abierta contradicción con el espíritu de los arts. 15 y 24 CE. Cuando la CE prohíbe tajantemente la tortura o reconoce que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ello no puede ser interpretado en el sentido de que lo único que se prohíbe con esos preceptos es la inimaginable y delictiva posibilidad de que el legislador dicte disposiciones autorizando los malos tratos o las coacciones para que los detenidos declaren. Lo que se prohíbe también es que se promulguen normas que favorezcan (en vez de prevenir) la tortura y que dificulten el derecho a no declarar. Por ello, se pregunta el autor qué sentido puede tener una norma [el art. 55.2 CE y su entonces

⁸⁸⁰ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión N°8, 18 de mayo de 1978, https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_069.PDF (último acceso 19/03/2023). Entre otras, pueden citarse las siguientes: el Diputado Martín Toval, del Grupo Socialista de Cataluña, manifestó “¿Qué son los actos de terrorismo? ¿Qué conceptualización penal tienen? ¿Qué carácter tienen estos delitos políticos y comunes? (...) creemos que no es un tema constitucional. (...) Creemos que introducirlo aquí, en la Constitución, es un error político y jurídico grave” (pág. 2429); el Diputado Solé Turá, del Grupo parlamentario comunista, por su parte, señaló que “si pensamos que esta Constitución tiene que durar, ¿hasta qué punto un hecho que hoy coyunturalmente tenemos claro, como es este, puede haber realmente en el futuro?, y, ¿hasta qué punto puede realmente adecuarse a los propios cambios que va a sufrir el concepto en los años venideros? (...) La lucha contra el terrorismo se hace con medios jurídicos, pero se hace, sobre todo, con una adecuación de los medios de lucha contra el mismo, y eso es algo que difícilmente se puede contemplar en el texto constitucional como tal” (pág. 2434); o el Diputado Solé Barberá, del Grupo parlamentario comunista, que indicó que “hemos sido los primeros a la hora de condenar el terrorismo, (...) Pero entendemos que no es en la Constitución donde debemos poner elementos limitativos de la libertad” (pág. 2433).

⁸⁸¹ FERNÁNDEZ SEGADO, *REP*, N°35, 1983, pág. 134, señala que “en éste, como en otros casos, se llevaron a la CE previsiones que habría sido necesario establecer en una ley de urgencia”; CARRASCO DURÁN, en: PÉREZ ROYO/CARRASCO DURÁN (Dir.), *Terrorismo, democracia y seguridad*, 2010, pág. 16; ÁLVAREZ CONDE/TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, 10ª ed., 2021, pág. 592; o la propia sinopsis del art. 55.2 publicada en la página web del Congreso de los Diputados y realizada por la Letrada de Cortes Abellán Matesanz (2003), y actualizada por los también Letrados de Cortes Sieira Mucientes y Miranda López, en 2011 y 2016 respectivamente, <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=55&tipo=2> (último acceso 19/03/2023).

desarrollo por la LO 11/1980] que permite mantener al detenido durante diez días en manos de la policía, que además puede ordenar su incomunicación. La tesis que propugna el autor, es decir, la inconstitucionalidad del propio precepto constitucional deberá resolverse en favor del mayor rango de los arts. 15 y 24 CE, determinado, primero, por la posibilidad de ser recurridos en amparo, pero, sobre todo, por la reforzada exigencia para su reforma (la más rígida que prevé la CE)⁸⁸².

Resulta sorprendente y un tanto anómalo que la CE contemple en su texto unas medidas que responden a circunstancias extraordinarias, y, por tanto, temporales. La constitucionalización de tales medidas dota de estabilidad y permanencia a un instituto que, por su propia naturaleza, ha de ver limitadas su aplicación y vigencia⁸⁸³. En esta misma línea se pronuncia MESTRE DELGADO, que identifica el instituto de la suspensión de los derechos como justificado en la medida en que en la vida del Estado aparezcan situaciones excepcionales y de emergencia, no pudiendo admitirse que la CE haya autorizado con carácter general que por ley orgánica puedan establecerse restricciones de carácter ordinario al ejercicio de los derechos⁸⁸⁴.

El constituyente ubica las dos instituciones de suspensión de derechos en el mismo artículo y Capítulo, equiparándolos de ese modo. Pero da un paso más, y, paradójicamente, normaliza la excepción del apartado 2, la hace permanente, porque los estados de excepción y sitio requieren de unas específicas condiciones y procedimiento para su declaración⁸⁸⁵, mientras que la previsión suspensiva del art. 55.2 es posible siempre que haya una ley orgánica que la prevea (la cual, aunque con distintas denominaciones, ha existido de forma ininterrumpida desde 1978). Además, por supuesto, es una suspensión aplicable únicamente a un tipo de sospechoso, aquel que lo es de delitos de terrorismo (o de rebelión). Es por lo que ARROYO ZAPATERO lo califica como un “estado de excepción permanente *intuitu personae*”⁸⁸⁶.

⁸⁸² GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1999, pág. 30. Le sigue: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, págs. 130-131.

⁸⁸³ Así se indica en la sinopsis del art. 55.2 publicada en la página web del Congreso de los Diputados y realizada por la Letrada de Cortes Abellán Matesanz (2003), y actualizada por los también Letrados de Cortes Sieira Mucientes y Miranda López, en 2011 y 2016 respectivamente, <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=55&tipo=2> (último acceso 19/03/2023).

⁸⁸⁴ MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, pág. 127.

⁸⁸⁵ ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, pág. 192, destaca que los estados de excepción ordinarios, paradójicamente, presentan garantías más amplias y eficaces de los derechos fundamentales temporalmente suspendidos.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, pág. 169.

Otra doctrina, sin embargo, defiende la pertinencia de constitucionalizar aspectos relacionados con el terrorismo, e incluso GUILLÉN LÓPEZ aboga por una constitucionalización fuerte en este sentido (si cabe, más fuerte que la que se refleja en nuestra CE). A su juicio “la mayor constitucionalización es la mayor garantía: garantía del ciudadano, que puede ver taxativamente establecidas las posibilidades de limitación de sus derechos; garantía para el órgano de control, no abocado a la discusión siempre procelosa en torno al principio de proporcionalidad; garantía para el legislador, que tiene claramente limitadas sus opciones y, en este sentido, se inmuniza frente a las medidas populistas que pueden ser demandadas tras un atentado”⁸⁸⁷. El autor plantea como término de comparación a la situación española la declaración de estado de urgencia en Francia tras los atentados de París el 13 de noviembre de 2015, que se prorrogó aproximadamente dos años, y defiende el marco constitucional y normativo español como mucho más ventajoso que el francés, el cual, al carecer de una previsión constitucional de las características de la española, tuvo que acudir a la declaración de los tradicionales estados excepcionales generales, que “se ha cifrado en poderes exorbitantes de los poderes públicos, limitaciones de derechos y sometimiento a plazo solo ampliable a través de sucesivas prórrogas”⁸⁸⁸. En cuanto a la situación de Francia, comparto los recelos del autor y su crítica a una situación de urgencia tan dilatada en el tiempo, pero no por ello debemos considerar mejor la situación española. La mayor constitucionalización puede resultar una mayor garantía en la mayoría de los supuestos, pero no en todos. De hecho, en el caso del art. 55.2 CE y del fenómeno terrorista, creo que no lo es. A mi juicio, la suspensión del art. 55.2 ha convertido en ordinaria una situación de coyuntura delictiva, que, aunque gravísima, no merece el estatuto especial permanente y agravado en las sucesivas reformas que toda la legislación antiterrorista española presenta, y para la que el art. 55.2 sirve de muy pertinente amarre. Y, por otro lado, la constitucionalización de esta suspensión no ha impedido que se produzcan extralimitaciones y violaciones de derechos fundamentales de las personas investigadas por terrorismo, que, como se verá en las páginas siguientes, han supuesto la declaración de inconstitucionalidad de extremos de la normativa de desarrollo por parte del TC, continuas llamadas de atención por parte

⁸⁸⁷ GUILLÉN LÓPEZ, en: BALAGUER CALLEJÓN/TUDELA (Coord.), *Perspectivas actuales*, 2019, pág. 110.

⁸⁸⁸ GUILLÉN LÓPEZ, en: BALAGUER CALLEJÓN/TUDELA (Coord.), *Perspectivas actuales*, 2019, pág. 108. En la misma dirección: ROCA FERNÁNDEZ, en: GODOY, *Libertad y seguridad en un contexto global*, 2020, pág. 142.

de instituciones internacionales de derechos humanos e incluso varias condenas por parte del Tribunal de Estrasburgo a nuestro país.

Comúnmente, esta previsión constitucional del art. 55.2 CE ha sido denominada “suspensión individualizada de derechos fundamentales”. No obstante, como ha puesto de manifiesto alguna doctrina⁸⁸⁹, ni es suspensión, por no ser temporal o transitoria, ni es individualizada, ni es propiamente de derechos, pues en realidad no opera sobre el contenido del derecho afectado, sino sobre sus garantías⁸⁹⁰. Por su parte, DE VEGA GARCÍA cataloga este precepto como un caso de quebrantamiento o “ruptura autorizada” de la CE, aunque la norma lo intitule como suspensión⁸⁹¹. Veamos todo ello más detenidamente.

2.1.1. ¿Una medida temporal? ¿Una medida excepcional?

En primer lugar, cabe hacer referencia al tiempo. Ya me he referido hace escasos párrafos a que la previsión constitucional de la denominada suspensión individual dota al terrorismo de un carácter estructural y permanente, situación que ha sido convalidada por la sucesión de leyes orgánicas de desarrollo aprobadas desde 1978 y vigentes hasta nuestros días. Por ello, cabe preguntarse si esta continuidad normativa contradice el sentido de una suspensión de derechos, que, como se ha dicho en otra parte de este estudio, se entiende tradicionalmente unida a las situaciones de excepción o riesgo para la vida del Estado, cuyo objetivo es atajar eventuales amenazas sobre el normal funcionamiento de los órganos del Estado, pero que supone siempre el mantenimiento de un mínimo orden jurídico, y, sobre todo, que se orienta a reestablecer el sistema

⁸⁸⁹ ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, pág. 192; LÓPEZ GARRIDO, *Terrorismo, política y Derecho*, 1987, pág. 162; PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, pág. 263; BAILONE, en: Díez-PICAZO GIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (Coord.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, pág. 537; LAMARCA PÉREZ, en: PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, pág. 189; CUERDA RIEZU, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 16-17.

⁸⁹⁰ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, pág. 390; PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, págs. 263-264. En contra de esta opinión: LÓPEZ GARRIDO, *Terrorismo, política y Derecho*, 1987, págs. 162-163, que indica que dicha explicación no resulta convincente, pues las garantías que señalan estos autores como suspendidas y que a su juicio no provocan la desaparición sobrevenida del derecho fundamental correspondiente, son, en realidad, el contenido propio del derecho a la libertad y seguridad del art. 17 CE; entonces, si las garantías del detenido no existen, no existe ese derecho fundamental, esto es, ha desaparecido su contenido esencial.

⁸⁹¹ DE VEGA GARCÍA, *La reforma constitucional*, 1985, pág. 168, y añade que el hecho de que la propia norma fundamental asuma el posible quebrantamiento de esta para determinados supuestos no elimina su naturaleza problemática, y con razón importantes sectores doctrinales han dudado de su legitimidad, aduciendo, por una parte, el principio de generalidad de las normas jurídicas, y, por otro lado, el principio constitucional de igualdad.

constitucional en su integridad, no a sustituirlo por otro⁸⁹². Las suspensiones de derechos se prevén, precisamente, para superar una situación de “emergencia” y reestablecer la normalidad constitucional⁸⁹³.

La RAE incluye en su Diccionario la voz “suspensión de garantías”, y la define como aquella “1. f. Situación anormal en que, por motivos de orden público, quedan temporalmente sin vigencia algunas de las garantías constitucionales”. Así pues, una suspensión implica la pérdida de vigencia de algo por un periodo de tiempo. Como bien opina ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, para el presente caso, supondría la pérdida de vigencia, por un tiempo más o menos determinado, de ciertos derechos fundamentales, para, transcurrido ese plazo, volver a recuperar las garantías plenas; de lo que se deduce, de nuevo, que la suspensión lleva implícito el concepto de tiempo y el concepto de “crisis” como supuesto de legitimación de la suspensión. Así pues, argumenta el mismo autor que la suspensión jurídica no es tal si no lleva aparejada una limitación temporal; una suspensión indefinida sería, por tanto, una contradicción en sus propios términos, o tal vez otra cosa, una derogación, una reforma tácita, un límite, etc.⁸⁹⁴.

Ahora bien, la CE no fija límites temporales para la suspensión del art. 55.2 CE, como hace claramente para los estados tradicionales de suspensión de derechos (art. 55.1 en conexión con el art. 116.3 y 4 CE⁸⁹⁵). Ante este silencio de la CE, entonces ¿pueden limitarse temporalmente las normas de desarrollo del art. 55.2 CE, como exigiría técnicamente una suspensión de derechos? A esta pregunta ha respondido alguna doctrina. CUERDA RIEZU, por su parte, defiende que, aunque el precepto no lo diga expresamente, la autorización del art. 55.2 está claramente sometida de forma implícita a la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, a que la suspensión solo es legítima en la medida en que se mantienen las circunstancias de hecho que existían en el momento de promulgación de la CE, lo que implica que solo es legítima cuando es necesaria para

⁸⁹² PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, pág. 248.

⁸⁹³ REQUEJO RODRÍGUEZ, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, pág. 1522; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, *La defensa de la Constitución*, 2020, pág. 52.

⁸⁹⁴ ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, en: LÓPEZ GUERRA/ESPÍN TEMPLADO, *La defensa del Estado*, 2002, pág. 247.

⁸⁹⁵ Art. 116.3: “El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos. / 4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones” (cursivas añadidas).

contrarrestar la actuación terrorista. Continúa diciendo que el art. 55.2 CE tiene una naturaleza similar a la de un estado de necesidad del Estado, de manera que ante la situación de necesidad o de riesgo derivada de posibles actos terroristas, resulta legítima la suspensión de derechos fundamentales individuales. Ahora bien, si la situación de necesidad se reduce a hechos muy esporádicos, desaparece también la legitimidad de tal estado de necesidad⁸⁹⁶. Esa misma opinión expresa ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, que argumenta que la suspensión individual de garantías como instituto excepcional contiene su propio presupuesto de hecho, que en el art. 55.2 CE viene definido por la situación de crisis que permite al legislador hacer uso del citado instituto, es decir, dar vigencia a las medidas excepcionales. Pero ese mismo presupuesto de hecho como punto de partida es, al mismo tiempo, el que marca su desaparición o su atenuación, lo que corresponderá valorar al legislador orgánico⁸⁹⁷.

Hasta aquí, el obstáculo del silencio constitucional es salvable. Pero la cuestión se complica en el momento en el que el legislador de 1988 decide introducir la normativa de desarrollo del art. 55.2 CE en la LECrim, cristalizando desde ese momento la suspensión en una legislación ordinaria y estable. No fijó límite temporal alguno de vigencia para los preceptos desarrolladores del art. 55.2 CE, por lo que implementó un mecanismo jurídico indefinido, que puede entrar en juego en cualquier momento, desvirtuando las características jurídicas de las suspensiones de derechos. La doctrina mayoritaria, entre la que me incluyo, ha criticado esta estabilización de la suspensión de derechos, pues altera la naturaleza jurídica de la suspensión, al carecer de la nota de la temporalidad y del juicio sobre el presupuesto de hecho que justifica el recurso a esa suspensión⁸⁹⁸.

El TC, por su parte, no exige la duración determinada de la ley orgánica de desarrollo, pues, a pesar de calificar al supuesto del art. 55.2 CE como de “situaciones normativas temporales”, seguidamente reconoce que el “carácter acaso crónico del

⁸⁹⁶ CUERDA RIEZU, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 16-17.

⁸⁹⁷ ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, en: LÓPEZ GUERRA/ESPÍN TEMPLADO, *La defensa del Estado*, 2002, pág. 248.

⁸⁹⁸ LÓPEZ GARRIDO, *Terrorismo, política y Derecho*, 1987, pág. 162; LÓPEZ BASAGUREN/MAESTRO BUELGA, *Revista Vasca de Administración Pública*, N°21, 1988, pág. 57; PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, págs. 263-264; ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, en: LÓPEZ GUERRA/ESPÍN TEMPLADO, *La defensa del Estado*, 2002, pág. 247; TENORIO SÁNCHEZ, *REP*, N°71-72, 2008, pág. 562; CUERDA RIEZU, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 17-18; LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 199; REQUEJO RODRÍGUEZ, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, pág. 1532.

terrorismo en nuestra sociedad hizo que, ya en 1978, el constituyente previese este instituto como diferente de los tradicionales estados excepcionales, sin, por ello mismo, introducir los condicionamientos temporales específicos propios de dichos estados (art. 55.1 CE, en conexión con el art. 116.3 y 4 CE)”⁸⁹⁹.

Un sector doctrinal minoritario entiende que los límites temporales que entraña la suspensión de derechos se refieren a que esta dure un tiempo determinado para la persona concreta a la que se aplica, no a que la norma que prevé la suspensión deba tener una duración determinada⁹⁰⁰: “la temporalidad se predica de la suspensión efectiva de derechos, no de la norma jurídica que la ampara (...) creemos que la legislación orgánica del año 1988 establece, sin duda ninguna, una suspensión concreta y momentánea, no permanente, de los derechos mencionados en el art. 55.2 CE; esto es así porque la norma nos indica cuándo a una persona, que no tiene restringido permanentemente el ejercicio de ningún derecho fundamental, se le puede suspender tales derechos”⁹⁰¹. Estas últimas opiniones no pueden compartirse. Por supuesto que los derechos de la persona concreta incurso en una investigación por terrorismo se suspenden por un tiempo determinado que la ley fija, pues lo contrario sería una manifiesta arbitrariedad y una vulneración de los mismos. Pero, como ya he señalado, no es a eso a lo que se refiere la institución jurídica de la suspensión. Esta existe para solventar situaciones anómalas o de crisis para el ordenamiento constitucional, y por ello (y solo por ello) está justificado recurrir a ellas, teniendo como consecuencia necesaria el retorno al régimen general en el momento en el que la situación causante haya cesado.

Ante la situación de continuidad legislativa que he descrito, puede pensarse en primer lugar que el legislador no se ha preguntado sobre si ha cesado o no la situación de emergencia, porque la introducción del desarrollo del art. 55.2 CE en la LECrim y el paso de los años hayan hecho que se tenga como una situación completamente normalizada. Muy ilustrativa en este sentido es la conjunción de las palabras de CRUZ VILLALÓN con 36 años de diferencia. El autor advertía, escasos años después de la promulgación de la CE, que la vigencia de leyes de esta naturaleza [las de desarrollo del art. 55.2 CE] supone, materialmente en el territorio al que se aplica, un estado de suspensión

⁸⁹⁹ STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3.

⁹⁰⁰ VÍRGALA FORURIA, *REDC*, N°40, 1994, págs. 68-71; REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 187-188; MARTÍNEZ VÁZQUEZ, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N°104, 2018, págs. 11-12.

⁹⁰¹ VÍRGALA FORURIA, *REDC*, N°40, 1994, págs. 68-69 y 71.

de garantías individuales, por lo que la vigencia de estas leyes debe ser lo más corta posible, suponiendo su prolongación en el tiempo una importante devaluación del Estado de Derecho⁹⁰². En 2017, exponía lo siguiente: en el momento en el que “ETA acaba de anunciar la destrucción de su arsenal de armas, es fácil aventurar que nadie va a plantear la cuestión de la oportunidad de la derogación de esta legislación; (...) esta actitud de la clase política se explica por la circunstancia de que esta legislación, prevista inicialmente con una duración acotada y sucesivamente prorrogada, ha sido objeto de una normalización sin paliativos; desde hace más de 30 años, la previsión del art. 55.2 CE es parte ordinaria de la LECrim, contando con la misma estabilidad que el resto de sus disposiciones (...) y lo que es aún más grave, es posible que las circunstancias excepcionales desaparezcan sin que la legislación ideada para hacerles frente haga lo propio”⁹⁰³, como de hecho ocurre en nuestro ordenamiento.

Cabe otra posibilidad. Puede que el legislador sí se haya preguntado por la situación de la normativa de desarrollo del art. 55.2 CE, y haya concluido que en España se ha dado una situación de emergencia terrorista ininterrumpida que se extiende hasta nuestros días, y que por ello no puede producirse la derogación de la legislación de desarrollo del art. 55.2 CE⁹⁰⁴. En este sentido, señala alguna doctrina que el art. 55.2 CE y su legislación de desarrollo es plenamente aplicable para paliar la amenaza del terrorismo yihadista, por lo que la desaparición del terrorismo de ETA o de los GRAPO que motivó su introducción en la CE no debe desechar su utilización⁹⁰⁵. De hecho, algunos reconocen que “la experiencia constitucional española, puede constituir una fuente de inspiración tanto para otros Estados de nuestro entorno como para la propia respuesta que haya de aportar la Unión”⁹⁰⁶. Ante esto, considero que el terrorismo yihadista, aunque plantee un serio problema delictivo y un difícil reto político, no reúne en estos momentos los presupuestos para justificar una suspensión de derechos en términos jurídicos estrictos. Como se ha intentado plasmar en el epígrafe relativo al

⁹⁰² CRUZ VILLALÓN, en: GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE/PREDIERI, (Dir.), *La Constitución española de 1978*, 1981, pág. 711.

⁹⁰³ CRUZ VILLALÓN, *Revista de Derecho constitucional europeo*, N°27, 2017, pág. 265.

⁹⁰⁴ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, *La defensa de la Constitución*, 2020, pág. 193, opina que el terrorismo es un fenómeno que no ha dejado de representar una amenaza para la seguridad del Estado desde la entrada en vigor de la CE.

⁹⁰⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N°104, 2018, págs. 14, 17 y 20; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, *La defensa de la Constitución*, 2020, págs. 193-194 y 216.

⁹⁰⁶ GUILLÉN LÓPEZ, en: BALAGUER CALLEJÓN/TUDELA (Coord.), *Perspectivas actuales*, 2019, pág. 105.

proceso constituyente del art. 55.2 CE, la transición y los años posteriores a esta estuvieron fuertemente marcados por la violencia política y por la inestabilidad propia de un cambio de modelo político. La violencia que sufría España durante aquellos años (que se extendió durante décadas), fundamentalmente proveniente de ETA, estaba específicamente localizada en el territorio español (y francés), su actuación era constante, y, además, contaba con el “respaldo social” de algunos sectores de la población. La situación de terrorismo yihadista es completamente distinta. Es una violencia ocasional (y esporádica en los últimos años en Europa⁹⁰⁷) y no focalizada, que proviene principalmente de personas que no han llegado a integrarse en la sociedad en la que viven, cuya actuación y fines carecen de apoyo social relevante. Por otro lado, España goza actualmente de una democracia consolidada, situación en absoluto comparable con la inestabilidad política de los años de la transición, inestabilidad que podría quizá justificar el recurso a la excepción en los momentos en los que la amenaza terrorista era constante y patente. En este aspecto, entonces, es imprescindible evaluar la intensidad del riesgo o la amenaza⁹⁰⁸.

Cabe una tercera posibilidad, a la que apunta alguna doctrina, y es que toda esta legislación excepcional persigue un efecto simbólico y una eficacia (que no consigue)⁹⁰⁹, y por ello no respeta la nota de la temporalidad. Me decanto por esta última posición.

La continuidad de la legislación de desarrollo del art. 55.2 CE, como he señalado, supone en mi opinión desvirtuar la suspensión de derechos o la derogación (en la nomenclatura del TEDH) como institución jurídica. Desde aquí abogo por revisar esta legislación, que por definición debe ir de la mano de un juicio de valoración sobre la existencia o no del presupuesto que la justifica. Para ello, es pertinente recordar que los derechos fundamentales deben ser interpretados a la luz de los convenios internacionales de los que España es parte *ex art.* 10.2 CE. En concreto, cabe traer a colación la interpretación que la jurisprudencia del TEDH ha dado al art. 15 CEDH, cuyo presupuesto

⁹⁰⁷ Sobre los datos en España y en Europa, me remito a las estadísticas plasmadas en el texto *supra*: Capítulo II. El terrorismo y el Derecho penal: ¿Debe ser el terrorismo una categoría delictiva diferenciada? ¿qué elemento(s) determinaría(n) su mayor lesividad? Las principales visiones doctrinales y toma de posición, y, concretamente en: Conclusiones y toma de posición.

⁹⁰⁸ De la misma opinión: LANDA GOROSTIZA, *RECPC*, N°17, 2015, págs. 29-30, que advierte que “la intensidad de la amenaza terrorista es graduable y puede disminuir y ello incrementa simultáneamente la carga de justificación que las autoridades deben arrostrar en cada decisión limitadora de derechos fundamentales”. También: SERRA CRISTÓBAL, *La seguridad como amenaza*, 2020, págs. 79-80.

⁹⁰⁹ LAMARCA PÉREZ, *ADPCP*, T. 42, Fasc/Mes 3, 1989, pág. 958; PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, pág. 263; MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 2021, 23ª ed., pág. 874; ÁLVAREZ CONDE/TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, 10ª ed., 2021, págs. 592-593.

de ejercicio es una “situación excepcional de crisis o emergencia que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado”. El art. 15 CEDH solo admite las medidas estrictamente necesarias para resolver la situación de crisis, que podrán ser únicamente utilizadas con el objetivo de alcanzar las finalidades para las que fueron concebidas. Impone, como ya he expuesto, un juicio de la estricta necesidad de las medidas y de racionalidad en la apreciación de su supuesto de hecho. Pero es que ni siquiera hay que irse hasta Estrasburgo. La Ley que regula las condiciones del estado de excepción y sitio, instituciones primas hermanas de la suspensión del art. 55.2 CE, dispone que las medidas a adoptar con ocasión de la declaración de esos estados, así como su duración, deberán ser las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad y se aplicarán de forma proporcionada a las (art. 1.2 LOEAES).

2.1.2. ¿Una medida individual?

El precepto constitucional contempla que la suspensión opera “de forma individual” y “para personas determinadas”. Esta dicción invita a la confusión, pues las suspensiones, tanto las del art. 55.1 como las del art. 55.2, son genéricas pues pueden aplicarse a cualquier ciudadano, aunque obviamente se apliquen de forma individualizada y las sufran personas determinadas⁹¹⁰. Por ello destaca la doctrina que no se debe nombrar

⁹¹⁰ En este sentido, destacan LÓPEZ BASAGUREN/MAESTRO BUELGA, *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº21, 1988, págs. 53-54, que la propia legislación de desarrollo del art. 55.1 CE, la LOEAES, se ha encargado de desmentir esa supuesta diferencia entre unas y otras medidas. La ley citada precisa con claridad que la declaración del estado de excepción no supone una suspensión general de los derechos incluidos en el ámbito de aplicación precisado en aquella declaración, sino, más concretamente, la habilitación a los poderes públicos para que, justificadamente, y siempre que existan indicios de relación directa entre los actos que se atribuyen a la persona de que se trate y los motivos de declaración del estado excepcional, se pueda proceder a la correspondiente suspensión. Esto es lo que precisa el art. 16.1 de la LOEAES cuando exige para la suspensión del derecho a la limitación temporal de la detención preventiva recogido en el art. 17.2 CE que “existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público”, cuando el art. 17.1 exige para proceder a la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE que sea necesario “para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos para el mantenimiento del orden público”, y cuando, con una redacción similar, el art. 18.1 dispone que la intervención de las comunicaciones “sólo podrá ser realizada si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público”; y así en relación con la previsión suspensoria de los demás derechos. Como se puede comprobar, por tanto, la especificidad de la suspensión de derechos derivada de la declaración de los estados de excepción y sitio no radica en su generalidad, pues, como hemos visto, con aquellas declaraciones no se trata de una suspensión, en sentido estricto, de los derechos fundamentales, sino, pura y simplemente, de una habilitación a los poderes públicos para proceder a su suspensión en aquellos casos y para aquellas personas (de forma individualizada, por tanto) en las cuales sea posible hipotetizar un nexo causal entre sus actividades y la situación que ha provocado la declaración del estado excepcional. Opinan los autores que,

la suspensión del art. 55.2 como “individual”, pues, a pesar de que se aplique a sujetos concretos, la indeterminación de los destinatarios la convierte realmente en una suspensión general⁹¹¹.

LAMARCA PÉREZ argumenta que la referencia a “la forma individual” de la suspensión es seguramente un residuo de la redacción original del precepto, que, como ya se ha expuesto, tenía una orientación y un significado muy distinto al vigente (se concebía como una pena accesoria, y, por tanto, individualizada), por lo que la referencia del constituyente a esa individualización no tendría en sí una significación conceptual⁹¹². Otros autores opinan que lo que se quiere indicar con la referencia a la suspensión “individual” es que los agentes de la autoridad no pueden prescindir sin más de estas garantías como ocurre una vez declarado el estado de excepción, sino que antes de prescindir de ellas con respecto a una determinada persona, es necesaria una decisión gubernativa y judicial caso por caso⁹¹³. Creo que no es necesario decantarse por una u otra opinión, pues ambas son ciertas y pueden complementarse.

Sea como fuere, lo que es imprescindible, como se ha repetido, es que la ley de desarrollo disponga algún parámetro cierto para la validez de la excepción, que respete, al menos, el principio de proporcionalidad, adecuando la medida a la persona a quien se refiera⁹¹⁴, lo que debería vetar su utilización de forma automática⁹¹⁵. Esto no se cumple en nuestra legislación vigente.

en consecuencia, desde esta perspectiva, se está ante una situación idéntica a la que caracterizaría la individualidad de la aplicación de las medidas previstas en el art. 55.2 CE.

⁹¹¹ CRUZ VILLALÓN, en: GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE/PREDIERI, (Dir.), *La Constitución española de 1978*, 1981, pág. 708; ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, pág. 192; LÓPEZ GARRIDO, *Terrorismo, política y Derecho*, 1987, pág. 162; LÓPEZ BASAGUREN/MAESTRO BUELGA, *Revista Vasca de Administración Pública*, N°21, 1988, pág. 53; PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, pág. 263; VÍRGALA FORURIA, *REDC*, N°40, 1994, pág. 73; REQUEJO RODRÍGUEZ, en: LÓPEZ GUERRA/ESPÍN TEMPLADO, *La defensa del Estado*, 2002, pág. 276; LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 199.

⁹¹² LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, pág. 362.

⁹¹³ CRUZ VILLALÓN, en: GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE/PREDIERI, (Dir.), *La Constitución española de 1978*, 1981, pág. 708; LÓPEZ BASAGUREN/MAESTRO BUELGA, *Revista Vasca de Administración Pública*, N°21, 1988, págs. 57-58.

⁹¹⁴ MORENO CATENA, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pág. 384.

⁹¹⁵ Lo ponen también de manifiesto: REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 192 y ss.; CATALINA BENAVENTE, en: FARALDO CABANA/PUENTE ABA/SOUTO GARCÍA (Coord.), *Derecho penal de excepción*, 2007, págs. 174.

A. *Los destinatarios son “personas determinadas, relacionadas con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”*

La dicción del artículo se refiere a “bandas armadas o elementos terroristas”. La doctrina ha reprochado al constituyente la utilización de estas expresiones, pues sus perfiles no están bien definidos⁹¹⁶. La cambiante legislación de desarrollo no ha ayudado a disipar las dudas, sino más bien a sembrar más. De hecho, en ciertos momentos, la suspensión del art. 55.2 CE se aplicó a un elevado número de delincuentes comunes⁹¹⁷, como ejemplificaré más adelante al referirme al desarrollo normativo del art. 55.2 CE.

Según el TC, el concepto de “bandas armadas”, debe ser interpretado restrictivamente y en conexión con la noción de “elementos terroristas”, haciendo referencia no sólo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo y a su carácter armado, sino también a su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática. Por ello, concluye el TC que será inconstitucional cualquier otra interpretación más amplia de la expresión bandas armadas que permita extenderla a personas o grupos que, aunque actuando con armas, no provoquen terror en la sociedad ni pretendan alterar el orden democrático y constitucional y no lo pongan objetivamente en peligro⁹¹⁸. La doctrina también es partidaria de entender el adjetivo terrorista como predicable de las bandas armadas, y no solo de los “elementos”⁹¹⁹.

En el FJ 4 de aquella importante sentencia, el TC declaró inconstitucionales las previsiones de la LO 9/1984 que extendían las medidas del art. 55.2 CE a supuestos no incluidos en el mismo, como son los de las personas implicadas en los delitos de apología, si bien paradójicamente, no los sustrajo de la competencia de la AN⁹²⁰.

⁹¹⁶ SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, págs. 128 y 186.

⁹¹⁷ SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, págs. 190-191; PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, pág. 265; VERCHER NOGUERA, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (legislación y medidas)*, 1991, pág. 329; REINARES NESTARES, *Terrorismo y antiterrorismo*, 1ª ed., 1998, pág. 151; JARIA I MANZANO, en: QUINTERO OLIVARES/JARIA I MANZANO/PIGRAU I SOLÉ (Coord.), *Derecho penal constitucional*, 2015, págs. 193-194.

⁹¹⁸ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4.

⁹¹⁹ VÍRGALA FORURIA, *REDC*, N°40, 1994, pág. 77; RODRÍGUEZ RUIZ, en: VOLCANSEK/STACK, *Courts and terrorism*, 2011, pág. 184; REQUEJO RODRÍGUEZ, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, pág. 1530.

⁹²⁰ Sobre esto, ver *infra*: El enaltecimiento y la justificación del terrorismo.

Sin embargo, sí entendió constitucional la aplicación de la suspensión a las personas relacionadas con delitos de rebelión y con bandas armadas que puedan causar una grave situación de emergencia para la seguridad pública, pero sin objetivos políticos.

En cuanto a la rebelión, el intérprete constitucional argumenta que la suspensión individual de ciertos derechos fundamentales no es un instrumento de protección extraordinaria de la seguridad del Estado, genéricamente concebida, sino que tiene finalidad muy concreta: la investigación de las actuaciones de las bandas armadas o elementos terroristas. Haciendo alusión a la discusión parlamentaria, expresa que se constata, sin embargo, una equiparación explícita, en cuanto ataque al sistema democrático y a la sustitución de la forma de gobierno y de Estado elegida libremente por los ciudadanos, entre terrorismo y rebelión. Y continúa, señalando que, aunque “es cierto que el art. 55.2 no ha mencionado expresamente a los rebeldes, (...) cabe duda de que, (...) la rebelión es la más grave de las acciones delictivas susceptibles de ser realizadas, o intentadas, por una banda armada. Por definición, la rebelión se realiza por un grupo que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o reversión del orden constitucional. A su vez el art. 8 de la LO 9/1984 equipara la integración en una organización rebelde a la integración en una banda armada, refiriéndose a la utilización de ‘armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos o medios incendiarios de cualquier clase’. Por ello a tales rebeldes en cuanto integran el concepto de banda armada del art. 55.2 CE, les resulta legítimamente aplicable la suspensión de derechos a la que habilita el precepto constitucional”⁹²¹. En mi opinión, si el artículo constitucional aplicado a sospechosos de terrorismo ya es en sí criticable, lo que es sin duda inadmisiblemente jurídicamente es la inclusión en los supuestos de suspensión autorizados por el art. 55.2 CE de uno que no se encuentra en su tenor literal, como es el de los rebeldes.

En la misma sentencia, el TC definió “al terrorismo *característico de nuestro tiempo*”⁹²², como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como ‘terroristas’, se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos, de ‘bandas’, en las que usualmente concurrirá el carácter de ‘armadas’.

⁹²¹ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4.

⁹²² Cursivas añadidas. La definición legal actual no coincide con los rasgos descritos por el TC. Trato esta cuestión *infra*: “La *definición* de los delitos de terrorismo en el Código Penal español”.

Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva. De ahí que no quepa excluir la posibilidad de que determinados grupos u organizaciones criminales, sin objetivo político alguno, por el carácter sistemático y reiterado de su actividad, por la amplitud de los ámbitos de población afectados, puedan crear una situación de alarma y, en consecuencia, una situación de emergencia en la seguridad pública que autoriza (o legitima) a equipararlos a los grupos terroristas propiamente dichos, como objeto de las medidas excepcionales previstas en el art. 55.2 CE”.

Esta argumentación del TC en mi opinión se contradice con el propio texto de su sentencia, y ha sido criticada por la doctrina⁹²³. Así, en un primer momento, parece que el TC quiere dejar fuera del art. 55.2 CE los delitos comunes, pero después, desvirtuando el espíritu del precepto constitucional, que fue concebido para atajar el problema del terrorismo, incluye en su ámbito de aplicación otros delitos, que, aunque graves, no cumplen los requisitos que el mismo TC fija para identificar la violencia terrorista. El vigente art. 384 bis, introducido en la LECrim por la LO 4/1988 y que hace referencia a los destinatarios de las suspensiones del art. 55.2 CE, incluye a los rebeldes: “delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”.

Este último precepto citado, el art. 384 bis LECrim⁹²⁴, permite introducir otro aspecto relevante desde el punto de vista de los destinatarios. El precepto procesal hace referencia a los “individuos terroristas”, y, aunque el objeto del artículo ahora mismo no interesa (más tarde me referiré a él), es el precepto al que los artículos de la LECrim que desarrollan el art. 55.2 CE se remiten en relación con los destinatarios para su aplicación⁹²⁵. Por otro lado, como más adelante se verá con detenimiento⁹²⁶, el legislador

⁹²³ VÍRGALA FORURIA, *REDC*, N°40, 1994, pág. 80; REQUEJO RODRÍGUEZ, en: LÓPEZ GUERRA/ESPÍN TEMPLADO, *La defensa del Estado*, 2002, págs. 277; también REQUEJO RODRÍGUEZ, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, pág. 1531.

⁹²⁴ “Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión”.

⁹²⁵ Así lo hacen el art. 509, relativo a la detención incomunicada; el art. 520 bis, relativo a la prórroga de la detención; o el art. 553 LECrim, relativo a la inviolabilidad del domicilio. El art. 579.1 LECrim, relativo al secreto de las comunicaciones, hace referencia genérica a: “3.º Delitos de terrorismo”. Sobre todos estos preceptos de la LECrim volveré más adelante, al tratar los concretos derechos suspendidos por el art. 55.2 CE.

⁹²⁶ Ver *infra*: ¿Y el elemento estructural u organizativo?.

español de 2015 terminó de romper con el tradicional requisito estructural de la violencia terrorista (el legislador había incluido de forma más tímida esta figura en la redacción del art. 577 de 1995, intensificándola en el año 2000 para dar cabida al fenómeno de la “*kale borroka*” o “terrorismo callejero”). Actualmente, la definición de los delitos de terrorismo del art. 573 CP no exige la actuación organizada, por lo que una acción delictiva enumerada en su texto, unida a cualquiera de las finalidades que también enumera, podrá considerarse como terrorista. Con este marco legal, al que podríamos añadir incluso la dicción del mismo art. 55.2 CE cuando se refiere a los “elementos terroristas”, cabe preguntarse si esta suspensión de derechos fundamentales es aplicable a organizaciones únicamente (como sentó el TC en su STC 199/1987, de 16 de diciembre, y como defiende alguna doctrina⁹²⁷) o si también lo es para los llamados terroristas individuales. Aunque obviamente es preferible una lectura restrictiva de la suspensión que la considere únicamente aplicable a los supuestos en los que actúe una organización, creo que no cabe realizar ya esa exégesis sin violentar el marco legal vigente⁹²⁸.

CUERDA RIEZU, en un intento por restringir la institución jurídica de la suspensión, entiende que esta está prevista para la investigación sobre la “actuación” y no sobre la “existencia” de las bandas armadas o elementos terroristas. Con otras palabras: la posibilidad de suspender ciertos derechos solo se permite cuando se investigan atentados terroristas efectivamente realizados, pero no cuando se investiga si una organización o grupo terrorista realmente existe, o, por el contrario, se ha disuelto⁹²⁹. La interpretación realizada por el autor es muy interesante, pues además de ser totalmente respetuosa con el tenor literal de la norma constitucional y la más conforme al principio del hecho, ambos campos (“la actuación” y la “existencia”) son difíciles de separar si se acude a la legalidad vigente. En el art. 572, como veremos, además del castigo a los directores, promotores, constituyentes, organizadores o participantes activos de organizaciones o grupos terroristas, también se castiga a aquellos que meramente “formen parte”. ¿Acaso formar parte es actuar? ¿Cómo se acredita la pertenencia si no hay actuación?

⁹²⁷ LAMARCA PÉREZ, *ADPCP*, T. 42, Fasc/Mes 3, 1989, pág. 960; PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, pág. 265; RODRÍGUEZ RUIZ, en: VOLCANSEK/STACK, *Courts and terrorism*, 2011, pág. 184; CUERDA RIEZU, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 25.

⁹²⁸ Esta idea también en: LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 200 (cambiando de criterio con respecto a sus publicaciones más antiguas, adecuándose a la legislación vigente); REQUEJO RODRÍGUEZ, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, pág. 1530.

⁹²⁹ CUERDA RIEZU, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 15.

Por otro lado, cabe preguntarse, dada la amplitud de la redacción del art. 55.2 CE, si la suspensión puede afectar únicamente a las personas que se integran en bandas armadas o a las relacionadas con ellas o con elementos terroristas, o si también puede afectar a otras personas. FERNÁNDEZ SEGADO, de una interpretación literal del artículo constitucional, deduce que ciudadanos no integrados ni relacionados directamente con bandas armadas o elementos terroristas pueden, sin embargo, verse afectados por la suspensión, ya que la fórmula “en relación con las investigaciones” del art. 55.2 CE es tremendamente amplia⁹³⁰. Al estudiar el régimen legal concreto de la suspensión, es decir, cada concreto derecho objeto de la suspensión, se comprobará si se extiende o no a otras personas.

Y, por último, termino este epígrafe con una reflexión relacionada con la cuestión de que esta suspensión de tan graves consecuencias se aplique únicamente a un tipo de sospechoso, el que lo es por delitos de terrorismo (o de rebelión), pues ello podría vulnerar el principio de igualdad. De hecho, ese fue uno de los motivos suscitados en el recurso de inconstitucionalidad planteado por Parlamento vasco contra una de las leyes de desarrollo del art. 55.2 CE, la LO 9/1984, pues, en palabras del recurso, “suponía una quiebra del principio de igualdad al crear un auténtico derecho especial para ‘determinados ciudadanos’, en el tratamiento jurisdiccional de su conducta o actividades y también en la aplicación de restricciones especiales en el ejercicio de derechos no suspendidos en el caso de detención. Estas restricciones de derechos tendrían lugar, además, por la mera sospecha de ciertos delitos, afectando a ciudadanos que gozan, como todos, de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE”. Sin embargo, el TC argumentó en su resolución que “el propio constituyente ha sido consciente de la existencia, como problema *actual*⁹³¹, del terrorismo y del peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático. Por ello introdujo en el art. 55.2 CE una habilitación para la suspensión de determinados derechos fundamentales con la finalidad de facilitar las investigaciones. (...) Esta previsión constitucional demuestra, *sin necesidad de mayor argumentación adicional*⁹³², el reconocimiento *ex constitutione* de la razonabilidad y no arbitrariedad de la existencia de esa diferenciación de trato respecto al goce de determinados derechos constitucionales en ciertas situaciones cuando se trata de

⁹³⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, *REP*, N°35, 1983, pág. 140.

⁹³¹ Cursivas añadidas.

⁹³² Cursivas añadidas.

facilitar la investigación de unos delitos de especial gravedad y de especial trascendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional. (...) Por lo que la eventual diferencia de trato que respecto a los sujetos implicados pudiera derivarse de esta regulación legal o de su aplicación, es en sí misma consecuencia de una previsión constitucional que no puede ser ignorada al interpretar el art. 14 CE. En consecuencia, la existencia de esta normativa legal no supone violación alguna del derecho a la igualdad”. Llama la atención que el TC se limite a constatar de forma, a mi juicio, tan simplista (“sin necesidad de mayor argumentación adicional”) la no vulneración del principio de igualdad, la cual se apoya únicamente en el hecho de que se trató de una decisión del constituyente. Es cierto que, en 1987, fecha de la sentencia, España sufría en esa década una muy grave violencia política, lo que podría fundamentar alguna medida especial para atajar la situación (en la línea de la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 15 CEDH), que pudiera resultar razonable y por tanto respetuosa con el principio de igualdad, pero no creo que en el momento actual tal medida pueda sustentarse jurídicamente. Mi opinión coincide con el argumento esgrimido por el Parlamento vasco, esto es, supone una vulneración del principio de igualdad, por aplicarse esta norma constitucional únicamente a un tipo de delincuente, que, por este tipo de previsiones, más bien parece un enemigo)⁹³³.

2.1.3. Las llamadas garantías

El art. 55.2 CE fija una serie de “garantías” para la utilización de la suspensión de derechos fundamentales. Estas garantías son enumeradas de forma explícita en el precepto, y son: el adecuado control parlamentario, la necesaria intervención judicial y la responsabilidad penal derivada del uso abusivo o injustificado de la suspensión.

En opinión de LAMARCA PÉREZ, la consagración constitucional de estas cautelas era seguramente innecesaria, pues, tanto la garantía jurisdiccional como el control

⁹³³ Un análisis de las medidas antiterroristas desde el principio de igualdad, que ya he citado anteriormente, realiza: CUERDA RIEZU, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 13-25. El autor concluye que, ante el fin de ETA, no debe mantenerse la legislación de desarrollo del art. 55.2 CE ni otra legislación antiterrorista, pues esta vulnera el principio de igualdad. LAMARCA PÉREZ, en la misma obra colectiva, también colige que ante el fin de ETA deben cesar las restricciones del derecho a la igualdad, y por ello, además de la derogación de la normativa procesal excepcional, resulta también imprescindible la derogación de otras leyes como la polémica LOPP y de aquellas medidas de legislación penal antiterrorista que consagran en la actualidad esta desigualdad, cuyo mantenimiento responde, en muchos casos, a criterios autoritarios incompatibles con un auténtico Estado de Derecho (pág. 210).

parlamentario son dos principios que no admiten derogación y que ninguna situación excepcional puede eliminar⁹³⁴.

Generalmente, tanto su previsión normativa, como su implementación efectiva, se han calificado como insuficientes y de dudosa eficacia⁹³⁵.

A. *La necesaria intervención judicial*

El precepto constitucional impone que toda suspensión realizada en virtud de lo dispuesto en el art. 55.2 CE requerirá, necesariamente, la intervención judicial. De las tres garantías que enuncia el art. 55.2 CE, es la que se ha presentado como la más eficaz y la más respetada. Ahora bien, como ya apuntó el TC, también se trata de una cuestión particularmente compleja, dada la difícil compatibilidad, entre la suspensión de los derechos previstos en los arts. 17.2 y 18.2 y 3 de la CE y el mantenimiento de una intervención judicial, calificada como “necesaria” en cada uno de dichos supuestos de suspensión. Interpreta el TC que no cabe un tratamiento unitario e idéntico del alcance de la necesaria intervención judicial para todos los casos y para todos los derechos a que se refiere el art. 55.2 CE, sino que habrán de tenerse en cuenta los específicos problemas que la misma plantea para cada uno de los derechos susceptibles de suspensión y las circunstancias en las que aquella haya de realizarse. No cabe sacrificar enteramente ninguno de los dos contenidos del art. 55.2 CE, ya sea la necesaria intervención judicial a la suspensión, ya sea la suspensión a la necesaria intervención judicial, pues la CE trata de hacerlas compatibles en aplicación del llamado “principio de concordancia práctica”. Entiende el alto intérprete constitucional que, en ciertos casos, la efectividad de la suspensión requiere una actuación inmediata de la autoridad gubernativa, sin perjuicio de la intervención sucesiva del órgano judicial, de forma que la medida podría ser adoptada provisionalmente por la autoridad administrativa a reserva de su ratificación o levantamiento por la autoridad judicial⁹³⁶.

Entonces, cómo se ejerce esta necesaria intervención judicial en el seno de la suspensión deberá analizarse con respecto a cada derecho a suspender, lo que trato más adelante al referirme a cada uno de los derechos.

⁹³⁴ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, pág. 437.

⁹³⁵ LÓPEZ GARRIDO, *Terrorismo, política y Derecho*, 1987, pág. 83; VERCHER NOGUERA, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (legislación y medidas)*, 1991, pág. 346; REINARES NESTARES, *Terrorismo y antiterrorismo*, 1ª ed., 1998, pág. 151.

⁹³⁶ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7.

B. El adecuado control parlamentario

En la Ley 56/1978 y en las Leyes Orgánicas 11/1980 y 9/1984 se hacía referencia expresa y específica a esta garantía exigida por la CE⁹³⁷. El “adecuado control parlamentario” de la suspensión del art. 55.2 CE se ejercía a través de sesiones informativas en el Congreso, en las que se facilitaba simple información estadística (de la que era difícil extraer conclusiones reales sobre las suspensiones de derechos efectuadas⁹³⁸) y en las que no cabía la formulación de propuestas, mociones o réplicas⁹³⁹.

A pesar de que el mecanismo descrito era ciertamente insuficiente en términos de control⁹⁴⁰, al menos la legislación preveía algún tipo del mismo. La situación cambia a partir de la aprobación de la LO 4/1988, pues desde entonces se da una ausencia total de ese específico y adecuado control parlamentario al que el art. 55.2 CE se refiere, en tanto que la LECrim no articula mecanismo alguno de fiscalización al gobierno sobre la utilización de la suspensión. Afirma ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO que esta omisión representa el último paso en la “normalización o degradación” definitiva del instituto excepcional de la suspensión individual de garantías⁹⁴¹.

Ahora bien, la ausencia de mecanismo de control parlamentario específico de la utilización de esta suspensión de derechos por parte del poder ejecutivo ha sido convalidada por la STC 71/1994, de 3 de marzo, jurisprudencia resultante de un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 4/1988 interpuesto por el Parlamento vasco.

⁹³⁷ La Ley 56/1978, en su art. 6, disponía: “El Gobierno informará, al menos cada tres meses o antes si así lo solicitan dos Grupos Parlamentarios del Congreso o del Senado, del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas reguladas en esta Ley a una Comisión parlamentaria de carácter informativo, cuyas reuniones serán siempre secretas, y de la que formarán parte Diputados y Senadores de las Comisiones de Justicia e Interior, estando en ella representados todos los Grupos Parlamentarios”. La LO 11/1980, por su parte, prescribía: “Sin perjuicio de los demás medios de control parlamentario que prevean los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, el Gobierno informará a éstos, al menos cada tres meses, o antes si así lo solicitan dos Grupos Parlamentarios, del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas previstas en esta Ley” (art. 7). En los mismos términos lo hacía el art. 18.2 de la LO 9/1984.

⁹³⁸ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, págs. 438-442.

⁹³⁹ ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, págs. 198-199; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, pág. 442; VÍRGALA FORURIA, *REDC*, N°40, 1994, pág. 124.

⁹⁴⁰ Que, de hecho, aunque previsto en la legislación desde 1978, no se utilizó hasta 1981 (ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, pág. 198). También lo consideraban como un mecanismo de control insuficiente: BOBILLO DE LA PEÑA, *REP*, N°48, 1985, págs. 68-69; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, págs. 442-444; LÓPEZ BASAGUREN/MAESTRO BUELGA, *Revista Vasca de Administración Pública*, N°21, 1988, pág. 68; VÍRGALA FORURIA, *REDC*, N°40, 1994, pág. 124.

⁹⁴¹ ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, en: LÓPEZ GUERRA/ESPÍN TEMPLADO, *La defensa del Estado*, 2002, pág. 252. Le sigue, MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual*, 2002, pág. 313.

En su recurso, la asamblea legislativa vasca sostenía que el “adecuado control parlamentario” sobre las medidas de suspensión de derechos viene a constituir, de forma análoga a la “necesaria intervención judicial”, un auténtico presupuesto de validez de la ley orgánica de desarrollo, de tal forma que la omisión de toda previsión al respecto depararía la inconstitucionalidad de los preceptos sustantivos en los que se regulan las concretas medidas de suspensión de derechos.

El TC, sin embargo, no lo entendió así, y estableció la distinta entidad de la exigencia de “necesaria intervención judicial” y de la exigencia del “adecuado control parlamentario”, reconociendo la primera “con claridad plena, como condición de validez de todas y cada una de las medidas concretas de suspensión de derechos permitidas, a través de esta ley orgánica, por la CE”, pero no la segunda, pues el adecuado control parlamentario “no puede entenderse en términos tales que venga a suponer un contenido indispensable o necesario de la ley orgánica de referencia”⁹⁴². Esta última exigencia, constituye para el TC “un requisito relativo a la supervisión genérica de la actuación en este punto del Gobierno o, en otras palabras, una garantía que no preserva tanto la corrección jurídica de los actos singulares de aplicación de la ley orgánica (...). Esta otra garantía de carácter parlamentario, que puede figurar, ciertamente, en el propio articulado de la ley orgánica, pero que cabe configurar también a través de otros instrumentos normativos, esto es, mediante disposiciones legislativas específicas o, desde luego, en el propio Reglamento parlamentario”⁹⁴³.

Más acertada me parece la interpretación del voto particular firmado por varios Magistrados⁹⁴⁴ a la STC 71/1994, de 3 de marzo, que manifiesta que el legislador orgánico debe respetar todas las cautelas previstas en el art. 55.2 CE. Manifiestan que el adecuado control parlamentario “se constituye en contenido necesario del texto legal que actualice tal previsión constitucional, y, por lo mismo, en presupuesto de validez de las reglas legales ordenadoras de las suspensiones”. Esta opinión también es la de alguna doctrina, que entiende además que el control parlamentario que el art. 55.2 CE instituye es un control específico, que no coincide con el control parlamentario ordinario al gobierno previsto en el art. 66.2 CE⁹⁴⁵. Y ello, por la entrada en juego del principio de

⁹⁴² STC 71/1994, de 3 de marzo.

⁹⁴³ STC 71/1994, de 3 de marzo.

⁹⁴⁴ El voto particular fue formulado por el Magistrado Cruz Villalón, al que se adhirieron los Magistrados Díaz Eimil, Rodríguez Bereijo, González Campos y Viver Pi-Sunyer.

⁹⁴⁵ LÓPEZ BASAGUREN/MAESTRO BUELGA, *Revista Vasca de Administración Pública*, N°21, 1988, pág. 68 (opinión previa a la sentencia); VÍRGALA FORURIA, *REDC*, N°40, 1994, pág. 123; REMOTTI

especialidad normativa, pues, aunque es obvio que el control en términos genéricos al gobierno del art. 66.2 CE también se extiende a aplicación por el gobierno del art. 55.2 CE, el tenor literal del art. 55.2 CE alude a un específico y adecuado control parlamentario, por lo que es evidente que el constituyente se refería a un mecanismo concreto de control. Esta tesis viene apoyada, además, por otro argumento. El legislador preconstitucional, el que aprobó la Ley 56/1978 mientras negociaba el texto del vigente art. 55.2 CE, ya previó, antes de la aprobación de nuestra Carta Magna, un específico sistema de control al gobierno en lo que a suspensiones de derechos para personas relacionadas con el terrorismo se refería (art. 6 de la Ley 56/1978, transcrito anteriormente), por lo que resulta obvio que el constituyente se refería a un control parlamentario específico.

C. La responsabilidad penal por el uso abusivo o injustificado de la suspensión

Por último, debe hacerse referencia a lo establecido en el art. 55.2 CE *in fine*: “la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”; previsión que denota, ya en sede constitucional, una clara sospecha hacia la actuación del poder ejecutivo⁹⁴⁶. CRUZ VILLALÓN indica que incluso también para la autoridad judicial, pues, si esta tiene que intervenir siempre (“necesaria intervención judicial”), la ratificación por su parte de las decisiones gubernativas implicará que estas no son abusivas o injustificadas, y, si resultan serlo, entonces, cabría proceder criminalmente también contra la autoridad judicial⁹⁴⁷.

Resulta razonable creer que el constituyente pensaba en la posterior inclusión en el CP de una respuesta penal específica para los ejercicios abusivos o injustificados de la

CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 240, 319-320; ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, en: LÓPEZ GUERRA/ESPÍN TEMPLADO, *La defensa del Estado*, 2002, pág. 252; MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual*, 2002, pág. 313; REQUEJO RODRÍGUEZ, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, pág. 1538.

⁹⁴⁶ Esta misma idea en: CUERDA RIEZU, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 19.

⁹⁴⁷ CRUZ VILLALÓN, en: GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE/PREDIERI, (Dir.), *La Constitución española de 1978*, 1981, pág. 711. La misma idea también en: MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual*, 2002, pág. 187.

suspensión, si bien ello no ha tenido lugar a día de hoy⁹⁴⁸. Sin embargo, el CP ya recoge delitos que castigan a los funcionarios públicos u autoridades que vulneren las garantías constitucionales. Por un lado, los arts. 530, 531, 534, 535, 536 y 537 sancionan penalmente a la autoridad o funcionario que, mediando causa por delito, respectivamente: prive de libertad con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales; decrete o prolongue la incomunicación violando los plazos o demás garantías constitucionales o legales; viole el domicilio; viole el secreto de las comunicaciones o intercepte estas con violación de las garantías constitucionales o legales; o impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado o no informe inmediatamente de los derechos y razón de la detención a un detenido o preso. Por otro lado, el CP prevé la penalización de las mismas actuaciones por parte de funcionario o autoridad para el supuesto en el que no medie causa por delito (arts. 167, 198 y 204 CP). Cabe añadir a este listado los delitos de torturas y otros delitos contra la integridad moral previstos en los arts. 173 a 177 del CP, por los graves y numerosos casos de torturas que han tenido lugar en nuestro país en el contexto de la prolongación de la detención y la incomunicación de los detenidos por terrorismo.

Cuestión distinta es que en la práctica no se hayan depurado responsabilidades, tanto penales como políticas, en relación con los múltiples abusos que se han producido en el contexto de la suspensión de derechos en casos de terrorismo.

3. El desarrollo legislativo del art. 55.2 CE

La implementación del art. 55.2 CE a través de ley orgánica es potestativa (“una ley orgánica podrá determinar...”). En palabras del TC, se trata de una ley orgánica de “carácter facultativo y no preceptivo”, cuyo juicio de conveniencia o necesidad corresponde a las Cortes Generales, independientemente de su contenido normativo⁹⁴⁹. CRUZ VILLALÓN advierte la ambigüedad de esta fórmula de remisión a la ley orgánica⁹⁵⁰. Por su parte, MORENO CATENA observa que no se exige solamente que las limitaciones aparezcan en una ley orgánica, pues eso ya se desprende del art. 81 CE, sino que debe

⁹⁴⁸ LAMARCA PÉREZ, *ADPCP*, T. 42, Fasc/Mes 3, 1989, pág. 987, que señalaba que con la aprobación de la LO 4/1988 de nuevo se había “perdido la oportunidad de proceder a una tipificación expresa, como aconseja el art. 55.2 CE”; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, *La defensa de la Constitución*, 2020, págs. 215-216.

⁹⁴⁹ STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5.

⁹⁵⁰ CRUZ VILLALÓN, en: GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE/PREDIERI, (Dir.), *La Constitución española de 1978*, 1981, pág. 707.

existir una *ley orgánica específica* de desarrollo del art. 55.2 CE⁹⁵¹, lo que, a día de hoy, como ya se ha resaltado, no ocurre, en tanto que el desarrollo del citado precepto constitucional está contenido en la LECrim.

El legislador ha elegido desarrollar este precepto de forma continuada e ininterrumpida en el tiempo desde que se aprobara la CE. Y, si ya el art. 55.2 plantea serios problemas en sede constitucional, su desarrollo normativo (y aplicación) agrava estos recelos, por lo que ha recibido continuas críticas y reproches de inconstitucionalidad⁹⁵².

El desarrollo legal del art. 55.2 ha sido de lo más cambiante⁹⁵³, fundamentalmente por la extrema politización que sufren los procesos legislativos relacionados con el terrorismo. En este epígrafe veremos los rasgos más característicos de cada una de las normas que se han desarrollado. Recuerdo que el art. 55.2 CE se refiere taxativamente a la suspensión de tres determinados preceptos constitucionales: el art. 17.2 (prórroga de la detención); el art. 18.2 (inviolabilidad del domicilio) y 18.3 (secreto de las comunicaciones), lo que significa que el legislador no puede suspender o excepcionar otros derechos, ni aun para el esclarecimiento y enjuiciamiento de graves delitos de terrorismo, y que esas excepciones, por su carácter limitativo, deberán ser interpretadas de forma restrictiva⁹⁵⁴. Sin embargo, como se irá advirtiendo a lo largo de las próximas páginas, este imperativo constitucional no ha sido siempre respetado por el legislador, que ha adicionado la suspensión de otros derechos⁹⁵⁵.

⁹⁵¹ MORENO CATENA, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pág. 383.

⁹⁵² En este sentido: ÁLVAREZ CONDE/TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, 10ª ed., 2021, pág. 592.

⁹⁵³ Sobre este recorrido legislativo, pueden verse: REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 247-327; MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual*, 2002, págs. 191-258; OEHMICHEN, *Terrorism and anti-terror legislation*, 2009, págs. 192-208.

⁹⁵⁴ MORENO CATENA, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, págs. 383 y 385.

⁹⁵⁵ Así lo denuncia abundante doctrina: BOBILLO DE LA PEÑA, *REP*, N°48, 1985, pág. 68; ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, pág. 192; LÓPEZ BASAGUREN/MAESTRO BUELGA, *Revista Vasca de Administración Pública*, N°21, 1988, págs. 73 y 75; PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, pág. 267; ETXEBERRIA GURIDI, *Revista Vasca de Administración Pública*, N°36, 1, 1993, pág. 91; REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 296, 322 y 325-326; MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual*, 2002, pág. 227; MORENO CATENA, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pág. 392; REQUEJO RODRÍGUEZ, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, págs. 1536-1537; ÁLVAREZ CONDE/TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, 10ª ed., 2021, pág. 596.

3.1. Una breve referencia a los antecedentes legislativos

El desarrollo fue recogido, en un primer momento, por la Ley 56/1978, de 4 de diciembre. Se puede objetar que en puridad no desarrolla el art. 55.2 CE, pues la citada Ley es preconstitucional (además de ordinaria y no orgánica). Es cierto que técnica y formalmente no desarrolla el artículo, pero materialmente, como ya se ha explicado en el punto anterior, la negociación del contenido de la Ley en las Cortes fue simultánea (y de la misma autoría) a la del art. 55.2 CE, lo que explica que su contenido se ocupara anticipadamente de regular legalmente el precepto constitucional. Como señala CRUZ VILLALÓN, esta norma no tenía otra apoyadura constitucional que el art. 55.2 CE⁹⁵⁶.

Las disposiciones de la ley, eminentemente procesales, eran aplicables a las personas implicadas en “los delitos contra la vida, robo con homicidio, mutilaciones y lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos, coacciones o amenazas y delitos directamente conexos con los anteriores, siempre que sean cometidos por personas integradas en grupos organizados y armados”, y a las personas “pertenecientes a dichos grupos” (art. 1). La norma permitía la incomunicación del detenido en dependencias policiales por un plazo de hasta diez días (art. 2); la posibilidad de intervención telefónica y postal sin la previa autorización judicial (art. 4); y atribuía las competencias de instrucción, conocimiento y fallo a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la AN (art. 5). Su plazo de vigencia se preveía para un año (que acabó prorrogándose otro más hasta la aprobación, tras los Pactos de la Moncloa, de nuevas medidas sobre seguridad ciudadana). Fue convalidada por el Congreso de los Diputados el 6 de febrero de 1979.

Después, el desarrollo legislativo se realizó mediante la LO 11/1980, de 1 de diciembre, denominada comúnmente como Ley Antiterrorista. Fue la primera norma que respetó el requerimiento formal de ley orgánica que impone la CE. Según su art. 1, a los efectos suspensivos del art. 55.2 CE, la citada ley se aplica a las personas presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana, planeen, organicen, ejecuten, cooperen o inciten de modo directo, a la realización de las acciones que se especifican en el siguiente

⁹⁵⁶ CRUZ VILLALÓN, en: GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE/PREDIERI, (Dir.), *La Constitución española de 1978*, 1981, pág. 709.

apartado⁹⁵⁷, así como a quienes, una vez proyectadas, intentadas o cometidas las mismas, hicieren su apología pública o encubriesen a los implicados en ellas.

Como se desprende de su lectura, el ámbito personal de aplicación es excesivamente amplio e impreciso⁹⁵⁸, lo que motivó su aplicación a personas que nada tenían que ver con el terrorismo. Así, desde el 1 de diciembre de 1980 hasta el 27 de septiembre de 1983 se aplicó la legislación antiterrorista, solo en Madrid, a 443 delincuentes comunes⁹⁵⁹. Destacó el caso de Santiago Corella Ruiz alias “el Nani”, un delincuente que se dedicaba a los robos, que desapareció tras una detención policial al amparo de la LO 11/1980⁹⁶⁰. A partir de su caso, salieron a la luz datos sobre la aplicación

⁹⁵⁷ “a) Delitos contra la vida y la integridad física; b) Detenciones ilegales bajo rescate, o bajo cualquiera otra condición, y detenciones ilegales con simulación de funciones públicas; c) Tenencia o depósitos de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, transporte o suministro; d) Coacciones, amenazas o extorsiones; e) Incendios y otros estragos; f) Delitos contra la seguridad exterior del Estado; g) Los delitos directamente conexos con los anteriores y, en general, los que el CP califique como terroristas”.

⁹⁵⁸ En la misma línea: MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual*, 2002, pág. 198.

⁹⁵⁹ VERCHER NOGUERA, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (legislación y medidas)*, 1991, pág. 329.

⁹⁶⁰ Santiago Corella Ruiz, “el Nani”, fue un delincuente español en la década de los años ochenta, cuyo caso se hizo famoso a raíz de su desaparición tras una detención policial. El 12 de noviembre de 1983, recién salido de prisión, fue detenido de nuevo por su presunta implicación en un atraco a una joyería. Además de él, la policía detuvo a su esposa y a varios miembros de su familia, y todos ellos fueron conducidos a la comisaría de la Puerta del Sol de Madrid. Corella fue interrogado con el objetivo de obtener una confesión del atraco de la joyería y del paradero del botín, a pesar de que él negaba haber cometido dicho robo. Un compañero de atracos de “el Nani”, también detenido, fue el último en verlo con vida, mientras era trasladado a rastras por un pasillo de la comisaría. Posteriormente se informó que “el Nani” fue llevado por policías a un descampado de Vicálvaro (Madrid) para realizar unas diligencias, pero que escapó. Desde ese mismo momento hubo contradicciones en torno a lo que había sucedido durante la detención, y la propia familia denunció que Corella había sido torturado y asesinado por los policías. Posteriormente, fueron detenidos los auténticos autores del atraco a la joyería, pero Corella seguía en paradero desconocido. Durante algún tiempo no hubo información sobre el caso, hasta que en 1986 un joyero denunció la existencia de una trama delictiva relacionada con robos en joyerías en la que estaban implicados agentes de policía, que se repartían las joyas sustraídas con los atracadores. Esta trama estaba relacionada con la desaparición de Corella, por lo que se reabrió la investigación judicial. El joyero declaró que Corella había muerto de un infarto en la comisaría y que había sido enterrado en cal viva en el descampado de Vicálvaro. En enero de 1988, Jaime Mesía Figueroa, un aristócrata español que mantenía una estrecha amistad con los policías implicados, declaró a una revista que Corella estaba muerto y que “él mismo lo había enterrado”. En septiembre de 1988 la Audiencia Provincial de Madrid condenó a un comisario y a dos inspectores de policía a más de 29 años de prisión por un delito continuado de falsedad documental, por un delito de detención ilegal con desaparición forzada, por torturas infligidas a un socio de “el Nani”, por las detenciones ilegales de la esposa y de tres de las hermanas de Corella y por un delito de quebranto domiciliario. El Tribunal absolvió a otros cuatro policías procesados en la causa. A pesar de no tener “el Nani” relación alguna con delitos de terrorismo o de rebelión, pues era conocido por la comisión de delitos contra el patrimonio, le fue aplicada la LO 11/1980 para ampliar su detención preventiva y para incomunicarlo (y la misma legislación se aplicó a los miembros de su familia detenidos). El titular del Ministerio del Interior de aquellos años, José Barrionuevo Peña (condenado años después por el TS por varios delitos relacionados con la “guerra sucia contra ETA” practicada por los GAL) fue preguntado en el juicio sobre este y otros extremos relacionados con la desaparición de Santiago Corella. Eludió la pregunta exacta que se le formuló sobre si él había autorizado la aplicación de la LO 11/1980 a Corella, manifestando que él no dijo: “autorizo que se aplique la Ley Antiterrorista”, sino que únicamente, en aplicación de esta ley, usó de la facultad que le concedía (lo que obviamente, supone autorizar su aplicación). Sobre ello:

de esta legislación a presuntos delincuentes comunes cuando resultaba conveniente para las autoridades policiales prolongar el periodo de detención⁹⁶¹.

Bajo el amparo de esta Ley, los detenidos debían ser puestos a disposición judicial dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, posibilitaba prolongar esa detención gubernativa el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se pusiera en conocimiento del juez antes de que transcurrieran las setenta y dos horas de la detención (art. 3.1). En su art. 3.3 se instituía la incomunicación, que podía durar el tiempo que se estimara necesario mientras se completaban las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido o preso y de lo que establezca la Ley en desarrollo del art. 17.3 CE.

En virtud del art. 4.1 las autoridades policiales podían proceder, sin necesidad de autorización o mandato judicial previo, a la inmediata detención, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o regulasen, así como al registro de los efectos o instrumentos que en ellos se hallaren y que pudiesen guardar relación con los delitos de que se les acusase. Se preveía la comunicación inmediata al juez, por parte del Ministerio del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, del registro efectuado, las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos del mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubiesen practicado. La alusión a “cualquiera que fuese el lugar o domicilio...”, hace que la suspensión pueda recaer en otras personas distintas a las investigadas, pues puede ser que los lugares en los que los sospechosos se oculten no sean de su propiedad.

En cuanto a la suspensión del derecho contenido en el art. 18.3 CE, el art. 5.1 de la LO 11/1980, disponía que el órgano judicial competente podía acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos, la observación postal, telegráfica o telefónica, para aquellas personas sospechosas de estar integradas o relacionadas con los grupos armados a que se refería el art. 1 mencionado.

“Juego de palabras”, *El País*, 20 de mayo de 1988, https://elpais.com/diario/1988/05/20/espana/580082411_850215.html (último acceso 19/03/2023).

⁹⁶¹ “Interior envía al tribunal del ‘caso el Nani’ datos contradictorios sobre la ley antiterrorista”, *El País*, 12 de abril de 1988, https://elpais.com/diario/1988/04/12/espana/576799201_850215.html (último acceso 19/03/2023); “La policía aplicó en 1983 la ley antiterrorista a 128 delincuentes comunes”, *El País*, 27 de mayo de 1987, https://elpais.com/diario/1987/05/27/portada/549064801_850215.html (último acceso 19/03/2023); “Barrionuevo asume la aplicación de la ley antiterrorista a delincuentes comunes”, *El País*, 8 de junio de 1988, https://elpais.com/diario/1988/06/08/espana/581724011_850215.html (último acceso 19/03/2023).

Esta suspensión, en caso de urgencia, podía ser ordenada por el Ministro del Interior o, en su defecto, por el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez.

Esta ley orgánica fue recurrida por inconstitucional por el Parlamento Vasco, dictaminando el TC la desestimación del recurso por falta de legitimación del citado Parlamento en la STC 25/1981, de 14 de julio.

Debo hacer referencia en este momento a una norma por la que se incorporaron al CP nuevos preceptos de terrorismo (LO 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículos del CP y el de Justicia Militar). Entre ellos, se introduce la apología del terrorismo en el art. 216 bis a) del CP⁹⁶², y, junto a él, medidas procesales suspensivas de derechos no previstos en el art. 55.2 CE ni en su ley de desarrollo. Así, el apartado 2 del precepto, permitía que, admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por los delitos de apología del terrorismo o de la rebelión, el órgano judicial, a petición de la Fiscalía, ordenara el cierre provisional del medio de difusión, y, si lo creyere procedente, la ocupación material de los instrumentos del delito (y deberán entenderse como tales, en todo caso, las instalaciones, maquinarias y enseres por los que se hubiesen realizado las actividades, y aquellas que hubieran servido para preparar o confeccionar los comunicados).

Tal precepto fue duramente criticado por la doctrina, pues se formula en contra del art. 20.1 CE. Además, la resolución judicial que acuerda esta suspensión en puridad habría que calificarla como una resolución del Ministerio Fiscal, pues, admitida la querrela, el juez se ve imposibilitado de rechazar la clausura⁹⁶³, por lo que también iría en contra del art. 117 CE y de la independencia judicial⁹⁶⁴. Por otro lado, como con razón resalta GIMBERNAT ORDEIG, esta medida cautelar de cierre del medio de difusión antes de la sentencia firme y antes incluso del procesamiento carece de justificación jurídica, pues, al haberse consumado ya el delito de apología, dicha medida no está dirigida a evitar

⁹⁶² Art. 216 bis, a). 1: “La conspiración, proposición y provocación a los delitos comprendidos en los arts. 174 bis b), 214 y 217, hechas públicamente o por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite su publicidad serán castigadas con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos. / La misma pena se impondrá al reo de apología de los delitos a que se refiere el párrafo anterior y al de apología de la rebelión militar, aunque no llegue a cometerse, así como al de la del terrorismo realizado por medio de bandas o grupos armados a que se refiere la LO 11/1980, de 1 de diciembre”.

⁹⁶³ BOBILLO DE LA PEÑA, *REP*, N°48, 1985, pág. 68; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, págs. 148-149; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1999, pág. 31.

⁹⁶⁴ MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, págs. 148-149.

que el hecho delictivo se siga cometiendo, a asegurar pruebas ni a otra finalidad razonable, sino que, pura y simplemente, está destinada a silenciar al medio y causar su ruina económica⁹⁶⁵.

La LO 11/1980 fue derogada a su vez con la aprobación de la LO 9/1984, cuya vigencia se extendió hasta el año 1988. La LO 9/1984 no desarrolla únicamente el art. 55.2 CE, sino que incluye otras previsiones de carácter procesal penal y de carácter penal sustantivo⁹⁶⁶, refundición que ha sido advertida por mucha doctrina⁹⁶⁷, y también criticada por contradecir la CE y por enlazar con tradiciones legislativas anteriores al Estado democrático⁹⁶⁸. De hecho, muchas de esas críticas de inconstitucionalidad fueron tratadas por el TC en su significativa STC 199/1987, de 16 de diciembre, que resolvía dos recursos de inconstitucionalidad presentados por los Parlamentos vasco y catalán, esta vez sí admitidos por un cambio de criterio del TC⁹⁶⁹.

Voy a centrarme en algunas de las características de la norma, y, sobre todo, en las declaraciones de inconstitucionalidad que realizó el TC a algunos de sus preceptos.

El Capítulo III se ocupaba de las normas procesales de desarrollo del art. 55.2 CE. En cuanto a la prórroga de la detención, no existen cambios en relación con la legislación anterior, pues el art. 13 de la Ley sigue fijando un plazo de puesta a disposición judicial de las setenta y dos horas, que podrá extenderse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del juez, antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. La autoridad judicial deberá autorizar o denegar dicha propuesta en el plazo de veinticuatro horas.

Lo que sí es relevante en este momento es que esta detención que podía llegar hasta los diez días fue recurrida por inconstitucional por el Parlamento vasco en su recurso

⁹⁶⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1999, pág. 31. También: ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la legislación antiterrorista*, 1982, pág. 13.

⁹⁶⁶ Sobre ello, ver *infra*: Antecedentes legislativos: los delitos de terrorismo desde el fin de la Dictadura franquista hasta 1995.

⁹⁶⁷ Entre otros: BOBILLO DE LA PEÑA, *REP*, N°48, 1985, págs. 47 y 68; ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, pág. 171; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, pág. 103; VERCHER NOGUERA, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (legislación y medidas)*, 1991, pág. 271; REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, pág. 268.

⁹⁶⁸ BOBILLO DE LA PEÑA, *REP*, N°48, 1985, pág. 47.

⁹⁶⁹ Pone de manifiesto MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, págs. 104-105, que varias asociaciones de derechos humanos solicitaron al Defensor del Pueblo que interpusiera un recurso de inconstitucionalidad contra esta Ley, lo que nunca llegó a suceder.

contra esta LO 9/1984, por infringir los arts. 24.1, 117.1, 122 y 24.2 CE, así como el 9.3 PIDCP y el art. 5.3 CEDH. El TC determinó que el art. 13 de la LO 9/1984 era inconstitucional por dos razones. En primer lugar, porque permitía la prolongación de la detención gubernativa más allá de las setenta y dos horas con la mera comunicación o petición de prolongación, sin exigir la previa y expresa autorización del órgano judicial que exige el art. 55.2 CE. En segundo lugar, indicó que el legislador tiene un margen de discreción a la hora de fijar la ampliación de la detención a la que le habilita el art. 55.2 CE, “pero no una libertad de opción que le permita ampliar a su arbitrio la duración de esta situación excepcional”. Por ello, el TC estima conveniente acudir al art. 9.3 PIDCP y al art. 5.3 CEDH, que requieren la conducción del detenido ante la presencia judicial “en el plazo más breve posible”, así como a nuestro art. 17.2 CE, que dispone que la detención “no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario” para la realización de las correspondientes averiguaciones. De ello colige el TC que el legislador ha de ponderar tanto las exigencias derivadas de las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, como la aplicación del criterio de la necesidad estricta y de la mayor brevedad posible. Reconoce el alto intérprete constitucional que el plazo máximo de ampliación, que supone más que triplicar el plazo máximo de setenta y dos horas contemplado por la CE, resulta excesivo, y no se corresponde con los plazos que para este tipo de delitos ha establecido el Derecho comparado, pudiendo suponer, además, “una penosidad adicional y una coacción moral, añadida e injustificada, sobre el detenido, incompatible con sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”⁹⁷⁰.

El art. 15 de la LO 9/1984, añade a la prórroga de la detención la posibilidad de someterla a incomunicación (posibilidad que, como sabemos, ya existía desde la Ley 56/1978). Así pues, la autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación “por el tiempo que estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido o preso y de lo establecido en los arts. 520 y 527 de la LECrim para los supuestos de incomunicación”. El TC, declaró inconstitucional este artículo, pues, “por la propia naturaleza de la medida, (...) ha de entenderse que la ordenación inmediata de la incomunicación puede realizarla la autoridad gubernativa, pero ello no excluye ni impide

⁹⁷⁰ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8.

el que la decisión definitiva al respecto haya de adoptarse por el órgano judicial. Es decir, se justifica, en aras de la efectividad de la medida, una previa decisión de carácter provisional de la autoridad gubernativa, pero sometida y condicionada a la simultánea solicitud de la confirmación por el órgano judicial, garantía suficiente del derecho del afectado. Sin embargo, el art. 15.1 no ha previsto esta intervención judicial confirmatoria, y parece partir de la idea de la no necesidad de intervención judicial en la decisión de la incomunicación durante el período inicial de detención gubernativa en las primeras setenta y dos horas, aunque los arts. 15.2 y 14 no excluyen, desde luego, un eventual control judicial sobre la detención y también sobre la incomunicación, que, según se ha dicho, no afecta en ningún caso a la comunicación del detenido con el órgano judicial. En consecuencia, el art. 15.1 resulta contrario a la CE en cuanto permite que la autoridad gubernativa que haya decretado la detención pueda, en todos los casos, y sin intervención judicial alguna, ordenar la incomunicación del detenido durante las primeras setenta y dos horas”. Sin embargo, no consideró el TC inconstitucional “el que la autoridad gubernativa pueda ordenar provisionalmente, cuando ello resulte necesario, la incomunicación del detenido, aunque solicitando al mismo tiempo del órgano judicial la confirmación de la medida. El precepto legal ha omitido, pero no ha excluido, la exigencia de una ratificación judicial de la decisión gubernativa. No excluye así, una lectura integradora del precepto conforme y a la luz de los preceptos constitucionales, que es la que habría de elegirse en todo caso; de ahí que solo ha de entenderse inconstitucional en la medida que se interprete excluyendo la ratificación judicial de la decisión gubernativa de incomunicación. En consecuencia, el art. 15.1 LO 9/1984 es contrario a la CE en la medida en que se entienda que la ordenación de la incomunicación por parte de la autoridad gubernativa, durante las primeras setenta y dos horas, no haya de ser objeto de simultánea solicitud al órgano judicial competente, de acuerdo con el apartado segundo del propio artículo. O, dicho en otros términos, el art. 15.1 es parcialmente inconstitucional a no ser que se interprete que la incomunicación por parte de la autoridad gubernativa ha de ser objeto de simultánea solicitud de confirmación al órgano judicial competente”.

En relación con la detención y entrada y registro domiciliarios, y con la observación postal, telegráfica o telefónica, los arts. 16 y 17 de la LO 9/1984 se regulaban en los mismos términos que en la LO 11/1980.

Pero la norma, además de las previsiones de desarrollo del art. 55.2 CE, introducía otras suspensiones de derechos sin habilitación constitucional para ello. Voy a referirme, brevemente, a tres de ellas: declaración de ilicitud y disolución de asociaciones y la suspensión de sus actividades (arts. 5 y 20 de la LO 9/1984, respectivamente); la clausura de medios de difusión (art. 21 de la LO 9/1984) y la suspensión de cargos públicos (art. 22 de la LO 9/1984).

El art. 5 de la LO 9/1984 disponía la ilicitud, disolución o clausura de asociaciones de cualquier índole cuando sus dirigentes o miembros activos fueran condenados por delitos comprendidos en la citada ley. Y, por su parte, el art. 20 disponía que el órgano judicial podría, cautelarmente durante la instrucción, acordar la suspensión de las actividades de las referidas entidades. La disposición final 2ª de la LO 9/1984 fijaba para los dos preceptos mencionados una vigencia de dos años. La doctrina se mostró crítica con ambos preceptos, alegando que vulneraban el derecho de asociación contenido en el art. 22 CE: por suspender su actividad como medida cautelar previa a la sentencia condenatoria; porque la condena de uno de sus miembros vincula necesariamente a la declaración de ilicitud y disolución de la asociación⁹⁷¹, lo que debería realizarse en un proceso separado contra la asociación para ser acorde con la CE⁹⁷²; y porque parece que la norma exige *ex lege* la disolución (“el tribunal sentenciador acordará”), lo que iría en contra de la exigencia de resolución judicial motivada para la disolución de asociaciones prevista en el art. 22.4 CE⁹⁷³.

El art. 21 de la Ley se refiere a la clausura de medios de difusión, como también hacía la legislación anterior, afectando a los derechos reconocidos por el art. 20 CE (libertad de expresión)⁹⁷⁴. Este artículo dispone que, admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal, el juez, de oficio o a petición de dicho Ministerio, ordenará el cierre provisional del medio de difusión, y, si lo creyese conveniente, la ocupación material de los instrumentos del delito, siempre que por la gravedad de los hechos o por la habitualidad estime procedente la adopción de esta medida excepcional. LAMARCA PÉREZ y ARROYO ZAPATERO entienden que con esta regulación el juez recobraba la competencia para decidir sobre la clausura de la que antes carecía (se daba una automaticidad en la

⁹⁷¹ MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, pág. 155.

⁹⁷² REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, pág. 293, n.p. 468.

⁹⁷³ BOBILLO DE LA PEÑA, *REP*, N°48, 1985, pág. 69.

⁹⁷⁴ De esta opinión: LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, pág. 318; ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, pág. 192; BOBILLO DE LA PEÑA, *REP*, N°48, 1985, pág. 69; REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 295-296.

clausura del medio de difusión con la admisión de la querrela del Ministerio Fiscal), pues interpretan que el art. 22.1 *in fine* (“siempre que por la gravedad de los hechos o por la habitualidad estime procedente la adopción de esta medida excepcional”) debe predicarse tanto de la clausura provisional del medio como de la ocupación material de los instrumentos del delito. Dicha exégesis del precepto la desprenden del debate parlamentario, concretamente de una enmienda que dio la redacción final del artículo y cuya justificación era la de “evitar la clausura automática del medio de difusión”⁹⁷⁵. Sin embargo, otra doctrina siguió manteniendo el carácter automático de la clausura provisional⁹⁷⁶, y dicha interpretación también fue la que compartieron tanto los Parlamentos vasco y catalán al recurrir la inconstitucionalidad de este precepto, como el Letrado del Estado y el propio TC⁹⁷⁷.

Por su parte, el art. 22 de la LO 9/1984 (para el que la norma también fijaba dos años de vigencia) habilitaba para la suspensión automática de cargos públicos cuando fuera firme un auto de procesamiento por un delito comprendido en la ley. Esta previsión era contraria al art. 23 CE que consagra el derecho a participar en los asuntos públicos y de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Dicho derecho establece los requisitos legales que las normas determinarán para el acceso a los cargos públicos, pero en ningún caso menciona la posibilidad de suspensión una vez que se ha accedido a los mismos. La Ley, no obstante, dispone que basta con que el auto de procesamiento sea firme para que el encausado quede automáticamente suspendido, sin hacer mención alguna de la posibilidad de una sentencia posterior favorable al encausado, ni prever, por tanto, la reposición en su cargo y la posibilidad de reparación del daño causado⁹⁷⁸.

Sobre estos extremos, que, repito, de ningún modo habilita la CE, el TC tuvo también ocasión de pronunciarse en la mencionada 199/1987, si bien solo lo hizo respecto de la previsión de clausura de medios de comunicación, la cual declaró inconstitucional por considerarla una intromisión desproporcionada en la libertad de expresión. El TC reconoció que el legislador no estaba habilitado para establecer una suspensión singular del derecho reconocido en el art. 20 de la CE para el caso de los delitos de terrorismo y

⁹⁷⁵ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, pág. 317; ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, págs. 191-192.

⁹⁷⁶ BOBILLO DE LA PEÑA, *REP*, N°48, 1985, pág. 70; REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 295-296.

⁹⁷⁷ STC 199/1987, de 16 diciembre, FJ 12.

⁹⁷⁸ BOBILLO DE LA PEÑA, *REP*, N°48, 1985, pág. 70. También crítico: MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, págs. 153-154.

bandas armadas, pues “la consecuencia práctica del art. 21.1 equivale a una auténtica suspensión del derecho (...) que resulta carente de la habilitación contenida en el art. 55.2 de la CE”⁹⁷⁹. Y continúa, declarando que, “aun si no se entendiera como suspensión singular del derecho a la libertad de expresión e información, el art. 21.1 impugnado ha establecido una restricción y una limitación del ejercicio de la libertad de expresión que resulta evidentemente desproporcionada al mero hecho de la admisión de una querrela criminal, suponiendo una restricción de esas libertades que no puede encontrarse amparada en el límite genérico establecido en el art. 20.4 CE”.

La suspensión de cargo público (para la que el art. 22.1 de la derogada LO 9/1984 solo exigía un auto de procesamiento por delito de terrorismo) también fue impugnada por inconstitucional en los recursos presentados por las asambleas legislativas vasca y catalana, por infringir los principios de presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y de igualdad en el acceso a la función de cargos públicos (art. 23.2 CE); así como la declaración de ilicitud y disolución de asociaciones y la suspensión de sus actividades (arts. 5 y 20 de la LO 9/1984, respectivamente), por infracción de lo dispuesto en los arts. 22.1, 2 y 4 CE y del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE. No obstante, el TC decidió no entrar en esas dos últimas cuestiones en tanto que los citados artículos ya no se encontraban vigentes según lo dispuesto en la disposición final 2ª de la norma, que fijaba para un periodo de vigencia de dos años. Con respecto a la suspensión de cargo público, como más adelante trato, la LO 4/1988 introdujo en la LECrim el art. 384 bis, que dispone que debe existir un auto firme de procesamiento y que debe estar decretada la prisión provisional para proceder automáticamente a la suspensión del ejercicio del cargo público (pero sigue manteniendo la suspensión).

4. Los derechos afectados por la suspensión del art. 55.2 de la Constitución en la legislación vigente

Podría parecer que la declaración de inconstitucionalidad de algunas de las previsiones de la LO 9/1984 hizo que se impulsara una nueva norma ajustada a los estándares del TC, pero la realidad fue otra. La STC 199/1987 tenía fecha de 16 de diciembre, y el proyecto de ley orgánica que sucedió a la LO 9/1984 fue presentado el 15

⁹⁷⁹ STC 199/1987, de 16 diciembre, FJ 12.

de diciembre de 1987⁹⁸⁰. Por ello, han puesto de manifiesto, tanto alguna doctrina⁹⁸¹ como algún Diputado de entonces⁹⁸², que el cambio de legislación obedecía a razones políticas (diluir la legislación especial de terrorismo en la ordinaria) y no tanto a razones de respeto a la Carta Magna.

Así pues, el 25 de mayo de 1988, se aprobó la LO 4/1988, que trasladó el desarrollo del art. 55.2 CE a la legislación ordinaria (a la LECrim) y que sigue vigente en la actualidad. Simultáneamente, se aprobó la LO 3/1988, que insertaba los delitos de terrorismo en el CP. La aprobación de ambas normas supuso, ya definitivamente, la normalización legal de una situación de emergencia⁹⁸³, y, como ya se ha apuntado antes, el reconocimiento decisivo del terrorismo como un problema criminal estructural y no coyuntural⁹⁸⁴.

⁹⁸⁰ Todo el proceso de tramitación de la ley orgánica puede consultarse en: https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mod_e=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=III&_iniciativas_id=121%2F000067 (último acceso 19/03/2023).

⁹⁸¹ LAMARCA PÉREZ, *ADPCP*, T. 42, Fasc/Mes 3, 1989, págs. 958-959; MORENO CATENA, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pág. 384.

⁹⁸² El Diputado del Grupo Parlamentario Mixto Azcárraga Roderó manifestó que: “es un fallo que ha llegado tarde; que ha llegado, curiosamente, justo en el momento en el que el Gobierno anunciaba el envío a la Cámara de las reformas que hoy debatimos. (...) si el TC tarda unos días más en dictar sentencia posiblemente lo hubiera hecho sobre una ley inexistente”, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, N°81, 11 de febrero de 1988, pág. 5334, https://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/DS/PL/PL_084.PDF (último acceso 19/03/2023).

⁹⁸³ Así lo entiende la doctrina: VERCHER NOGUERA, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (legislación y medidas)*, 1991, págs. 271 y 347; TENORIO SÁNCHEZ, *REP*, N°71-72, 2008, pág. 592; TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, 1988, págs. 14-15; también en: TERRADILLOS BASOCO, *Nuevo Foro Penal*, N°87, 2016, pág. 30; PETZSCHE, *Strafrecht und Terrorismusbekämpfung*, 2013, pág. 374; ROCA FERNÁNDEZ, en: GODOY, *Libertad y seguridad en un contexto global*, 2020, pág. 141. Los mismos reproches también se escucharon durante los debates parlamentarios de la LO 4/1988. Así, por ejemplo, el Diputado Sartorius Álvarez de las Asturias Bohorques expresó que “con esta LECrim se está infectando o inoculando nuestro ordenamiento jurídico sustantivo ordinario con principios, criterios o medidas propias de una legislación de excepción, por su naturaleza coyuntural y por su naturaleza limitadora de las libertades públicas y de los derechos fundamentales”, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria N°81, de 11 de febrero de 1988, pág. 5337, https://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/DS/PL/PL_084.PDF; o el Diputado Bandrés Molet, manifestó “yo sostengo que estamos ante una involución y no ante una derogación; (...) mantenemos la esencia de aquella Ley, y, además, la agravamos. Por eso hablo de una involución en el sistema jurídico, porque lo introducimos precisamente en la normativa ordinaria. (...) [lee el art. 55.2 CE] Quiere decir que es una ley especial, y eso supone que temporal, porque al ser especial se supone temporal; no tiene vocación de eternidad como la tiene la que ustedes están tramitando en este momento”, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, 9 de marzo de 1988, págs. 8496-8497, https://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/DS/CO/CO_239.PDF (último acceso 19/03/2023).

⁹⁸⁴ La misma crítica realiza TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, 1988, pág. 13. Para el autor, la aprobación de las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988 suponen un entendimiento del terrorismo como una “forma de criminalidad incardinada en la cotidianeidad y percibida por el poder como un elemento patológicamente estructural”.

Las normas anteriores, aunque en extremos criticables e incluso inconstitucionales, se habían aprobado como legislaciones especiales que obedecían a una situación específica para la que se aplica una suspensión de derechos. Algunas fijaban incluso un plazo de vigencia de sus disposiciones⁹⁸⁵, aunque MESTRE DELGADO, antes de la aprobación de la LO 4/1988, ya advertía una suerte de “provisionalidad definitiva” de la normativa de desarrollo del art. 55.2 CE⁹⁸⁶.

Para alguna doctrina la ubicación dada a partir de 1988 a la legislación antiterrorista no carece en absoluto de significado, pues supone, como se ha señalado, la normalización definitiva de la situación de emergencia⁹⁸⁷. Sin embargo, para otra doctrina, en realidad la integración en la LECrim y en el CP no es ni mucho menos lo más importante, pues, en realidad, se siguen aplicando las mismas disposiciones que preveía la derogada LO 9/1984. Las normas anteriores representaban una legislación especial en sentido formal, dado que se situaba al margen del Código, pero su contenido, en suma, viene siendo el mismo⁹⁸⁸. Y es que aquí se encuentra la paradoja de la legislación antiterrorista desde 1988, que, por un lado, intenta dar una sensación de normalidad por integrarse en los Códigos ordinarios, pero, por otro, constituye en realidad una regulación con un sinnúmero de especificidades⁹⁸⁹.

MARTÍNEZ CUEVAS señala que tras 1988, este proceso de incorporación a la legislación ordinaria de la antiterrorista culmina con la aprobación del CP de 1995, que termina por acoger toda la legislación penal sustantiva de la materia⁹⁹⁰, dando ya una definitiva sensación de normalidad e intemporalidad a una regulación caracterizada por su excepcionalidad⁹⁹¹. Con ello, quedó claro el ámbito penal al que se aplicaban las suspensiones del art. 55.2 CE, concretamente a las situaciones contenidas en 1995 en la Sección 2ª del Capítulo V “De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y de los delitos de terrorismo” del Título XXII, y, ahora, a las contenidas en el Capítulo VII “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”

⁹⁸⁵ La Ley 56/1978, fijaba en su disposición final 1ª: “La presente Ley tendrá vigencia durante un año, a contar desde su promulgación”; y la LO 9/1984, en su disposición final 2ª: “Lo dispuesto en los arts. 4, 5, 6, 19, 20 y 22 de la presente Ley Orgánica tendrá una vigencia temporal de dos años”.

⁹⁸⁶ MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, pág. 128.

⁹⁸⁷ TERRADILLOS BASOCO, *Nuevo Foro Penal*, N°87, 2016, pág. 30.

⁹⁸⁸ LAMARCA PÉREZ, *ADPCP*, T. 42, Fasc/Mes 3, 1989, pág. 957.

⁹⁸⁹ Esto mismo lo pone de manifiesto: QUINTERO OLIVARES, en: MORENO CATENA/ARNAIZ SERRANO (Dir.)/MARTÍNEZ SOTO (Coord.), *El Estado de Derecho a prueba*, 2017, pág. 21.

⁹⁹⁰ MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual*, 2002, pág. 156.

⁹⁹¹ DE PRADA SOLAESA, *JpD*, N°25, 1996, pág. 77.

del mismo Título del Libro II del CP. Y obviamente es el ámbito del CP al que se aplica, pero cabe recordar que eso no es lo que dice la CE, que expresamente se refiere a “personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”, por lo que no todos los delitos incluidos en dicho Capítulo reunirían dicha descripción.

4.1. El art. 17.2 de la Constitución y la prórroga de la detención

El primero de los derechos que puede ser suspendido a la luz del art. 55.2 CE es el previsto en el art. 17.2 CE, que dispone que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial (y en idéntico sentido lo dispone el art. 520.1.2º LECrim)⁹⁹². El precepto constitucional mismo, con su dicción “no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos” nos da las claves para conocer la finalidad y la duración de esta.

La detención, en palabras de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, es aquella institución del proceso penal consistente en la aprehensión del sospechoso de haber cometido un hecho delictivo⁹⁹³. Como figura jurídica, es una medida cautelar personal, que son un tipo de medidas que presentan caracteres más trascendentes, habida cuenta de los bienes jurídicos a los que afectan, y suponen una limitación o una prohibición en el ejercicio de derechos fundamentales, señaladamente de la libertad de movimiento, de la que se puede privar al sujeto a través de la detención o de la prisión provisional, o se puede limitar su ejercicio con la libertad provisional. Así pues, las medidas cautelares presentan intromisiones de muy diferente entidad, y, en la medida en que afectan a libertades fundamentales, han de acordarse sólo cuando resulte estrictamente necesaria para el proceso penal⁹⁹⁴. Sus rasgos más característicos es que puede ser practicada por la policía⁹⁹⁵ como reacción ante la

⁹⁹² Otros textos constitucionales comparados no fijan un límite máximo en tiempo para la detención, y tampoco lo hace el art. 5.3 CEDH, que se refiere a que toda persona detenida o privada deberá ser conducida *sin dilación ante un juez* u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales.

⁹⁹³ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema*, 5ª ed., 2021, pág. 258.

⁹⁹⁴ MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., 2021, págs. 325 y 328.

⁹⁹⁵ O por los particulares en supuestos de flagrante delito, fuga o rebeldía del detenido, preso o condenado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 490 LECrim.

comisión de un delito, por lo que normalmente la orden de detención no parte de la autoridad judicial, sino que su intervención suele producirse *a posteriori*. También se caracteriza por su brevedad y por su limitación temporal, pues la detención solo puede durar un tiempo muy corto y en todo caso limitado a las setenta y dos horas que fija el art. 17.2 CE. Además, debe adecuarse a los presupuestos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*. En lo que se refiere a la apariencia de buen derecho, a la detención debe precederle la imputación, es decir, quien practique la detención ha de tener conocimiento de la existencia de un hecho delictivo y de la posible responsabilidad criminal de la persona a quien detiene. Por otro lado, se exige que haya algún peligro para el proceso penal si la detención no se adopta, lo que quiere decir que únicamente cuando se haya evidenciado la voluntad del detenido de eludir la justicia, o cuando se actúe para impedir un delito o inmediatamente después de su comisión, o cuando quepa presumir que el investigado no comparecerá a la presencia judicial cuando sea llamado, la detención es procedente. Y, por último, también significa que, si se pueden ordenar medidas menos gravosas o restrictivas de derechos, como citaciones a comparecencia o la prestación de garantías, deben preferirse a la privación de libertad que supone la detención, aunque sea de muy corta duración⁹⁹⁶.

De acuerdo con lo anterior, el plazo de setenta y dos horas de detención que fija la CE debe entenderse como un límite máximo dentro del cual el detenido necesariamente ha de ser puesto en libertad o a disposición judicial, ya que, dentro de ese plazo, la detención preventiva no podrá durar más del tiempo necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. La jurisprudencia del TS señala que ese último plazo viene a ser un límite funcional y relativo que actúa dentro del límite objetivo y absoluto del plazo de las setenta y dos horas, por lo que podría existir extralimitación en la detención aun cuando no se supere el límite máximo de esas setenta y dos horas, es decir, cuando se mantenga la detención preventiva sin estar justificada por la investigación agotando innecesariamente el plazo de puesta en libertad o a disposición judicial⁹⁹⁷.

Hechas estas consideraciones generales sobre la detención preventiva y su plazo, paso a la habilitación constitucional para prorrogar el plazo máximo de setenta y dos horas

⁹⁹⁶ MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., 2021, págs. 325, 328-329.

⁹⁹⁷ STS 457/1999, de 19 de junio, FJ 10.

previsto en el art. 55.2 CE. Según lo dispuesto en el art. 520 bis 1 LECrim, que desarrolla el precepto constitucional suspensivo a partir de 1988 para las personas sospechosas de terrorismo, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el juez de forma motivada en las veinticuatro horas siguientes. Este precepto procesal, sin embargo, no hace referencia al límite relativo que dispone que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”, por lo que cabría preguntarse si no rige en supuestos de detenciones por terrorismo. La respuesta es negativa, y debe entenderse que ese límite relativo también es aplicable en los citados supuestos, aunque no se diga de forma expresa. Como bien señala SÁNCHEZ GÓMEZ, en materia de terrorismo se admite una la posibilidad de prórroga excepcional, aunque no cambia el límite relativo que informa la estricta detención⁹⁹⁸.

Esta prolongación, en principio, tiene por finalidad dotar a las autoridades policiales de mejores medios de investigación y facilitar la búsqueda de pruebas en casos de terrorismo, siendo el método clásico para ello, después de practicada la detención, el interrogatorio⁹⁹⁹. Sin embargo, LAMARCA PÉREZ pone de manifiesto que responde a una concepción equivocada del significado de la detención gubernativa, que en nuestro sistema procesal no debe señalar el comienzo de las investigaciones policiales, sino su culminación; es decir, primero se debe investigar para, posteriormente, detener, excepto en casos muy excepcionales, como que exista riesgo de huida o de destrucción de pruebas¹⁰⁰⁰.

La legislación vigente redujo los plazos de prórroga de la ley anterior considerablemente (de siete días a cuarenta y ocho horas). La actual norma, entonces, permite una ampliación de los plazos máximos de detención de hasta cinco días (setenta y dos horas que fija la CE más cuarenta y ocho horas de prórroga), que, teniendo en cuenta

⁹⁹⁸ SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho de defensa*, 2017, pág. 93.

⁹⁹⁹ VERCHER NOGUERA, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (legislación y medidas)*, 1991, pág. 339.

¹⁰⁰⁰ LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 202.

los principios y finalidades de la detención anteriormente citados, pueden considerarse igualmente excesivos¹⁰⁰¹.

4.1.1. El régimen de incomunicación

Junto con la prórroga de la detención (que subrayo, es el único derecho susceptible de suspensión además de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones *ex art. 55.2 CE*), el acervo antiterrorista español dispone desde el inicio del periodo constitucional la posibilidad de decretar la detención (y prisión) incomunicada para las personas implicadas en delitos de terrorismo¹⁰⁰² tanto para

¹⁰⁰¹ El Diputado Zubia Atxaerandio calificaba la medida de la prórroga de la detención como innecesaria (el plazo de setenta y dos horas autorizado por la CE resulta más que suficiente para llevar a cabo las correspondientes investigaciones) y peligrosa (porque la medida se presta a convertirse en un instrumento de doblegamiento de la voluntad), Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, de 9 de marzo de 1988, págs. 8515-8516, consulta: https://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/DS/CO/CO_239.PDF (último acceso 19/03/2023). LAMARCA PÉREZ, *ADPCP*, T. 42, Fasc/Mes 3, 1989, pág. 982, aprecia que siguen faltando buenas razones para ampliar un plazo que ya es suficientemente dilatado en situaciones ordinarias; y añade en LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 202, que, si bien es cierto que es preferible la situación actual, cree que las mismas razones que señaló el TC en 1987 para declarar la inconstitucionalidad de los siete días de prórroga pueden esgrimirse ahora respecto de los cinco días, pues para realizar el trámite de confesión o para tomar nota de su negativa estima que setenta y dos horas son más que suficiente (e incluso aún resulta un plazo dilatado); y, si lo que se desea es tener incomunicado al detenido para realizar otras investigaciones o proceder, por ejemplo, a la captura de otros implicados, no ve obstáculo alguno para que esta incomunicación se produzca en prisión bajo la tutela de la autoridad judicial; PÉREZ MACHÍO, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI/MUÑAGORRI LAGUÍA (Dir.), *Aplicación de la normativa antiterrorista*, 2008, págs. 168, que considera esa prórroga como de una “amplitud extensiva”. CATALINA BENAVENTE, en: FARALDO CABANA/PUENTE ABA/SOUTO GARCÍA (Coord.), *Derecho penal de excepción*, 2007, pág. 178, por su parte, no estima que el plazo de cinco días sea excesivamente largo y contrario a los principios que han de regir en un Estado de Derecho, pero sí cree que la regulación de la duración de la detención en casos de terrorismo es ciertamente insuficiente, ya que se limita a lo dispuesto en el primer apartado del art. 520 bis, sin que en ninguno de los preceptos que la LECrim dedica a la detención (arts. 489-501) se haga referencia a la detención en casos de terrorismo. Se hace necesaria una mayor intervención del legislador. En todo caso, opina que quizá sería más conveniente que se optara por reducir el tiempo de detención policial y se ampliara el tiempo de la detención judicial, es decir, el tiempo que el imputado puede estar en calidad de detenido bajo la custodia de un juez antes de que este le deje en libertad o acuerde para él una medida cautelar más gravosa, como, por ejemplo, la prisión provisional. En este periodo la policía, a las órdenes del juez de instrucción, realizará las investigaciones correspondientes, y se pondría fin a cualquier sospecha de extralimitación durante el periodo de la detención, ya que el responsable del detenido sería el juez. Propone la autora, de *lege ferenda*, que el plazo de detención judicial podría ampliarse a seis días, de tal manera que la condición de detenido se podría alargar hasta un máximo de nueve días (tres ante la policía, seis ante el juez), pudiéndose acordar también la incomunicación, pero ya con el control total del juez de instrucción. En esta última línea, también: SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho de defensa*, 2017, págs. 94 y 146, que propone una mayor presencia judicial *ab initio*.

¹⁰⁰² Ponen de manifiesto la falta de cobertura constitucional de esta medida, entre otros: REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 266 y 293; MORENO CATENA, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, págs. 383 y 392; PÉREZ MACHÍO, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI/MUÑAGORRI LAGUÍA (Dir.), *Aplicación de la normativa antiterrorista*, 2008, pág. 170; ORBEGOZO ORONOZ/PÉREZ MACHÍO/PEGO OTERO, *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo*, 2009, pág. 46; JARIA I MANZANO, en: QUINTERO OLIVARES/JARIA I MANZANO/PIGRAU I SOLÉ (Coord.), *Derecho penal constitucional*, 2015, pág. 193;

personas adultas (arts. 509, 510 y 520 bis 2 LECrim), como para personas menores comprendidas entre las edades de dieciséis y dieciocho años (art. 17.4 LOPRM en conexión con los arts. 520 bis 2 y 509.4 LECrim). De hecho, por ejemplo, para LAMARCA PÉREZ, esta medida supone la piedra angular de la suspensión de garantías (por las consecuencias que tiene la incomunicación sobre los derechos reconocidos en los arts. 17.3 y 24.2 CE), a pesar de no estar prevista como tal en el art. 55.2 CE¹⁰⁰³, como tampoco lo está, la suspensión de las comunicaciones que la incomunicación supone, pues el art. 55.2 CE solo permite suspender el secreto de las mismas, pero no, como advierten algunos autores, las comunicaciones en sí¹⁰⁰⁴. Según el TC, el derecho fundamental del art. 18.3, rectamente entendido, consagra la libertad de las comunicaciones implícitamente, y, de modo expreso, su secreto¹⁰⁰⁵.

Por más que la detención incomunicada supone la limitación (e incluso puede llevar a la vulneración) de otros derechos no previstos en el art. 55.2 CE, la incluyo en el epígrafe referido a la prórroga de la detención en tanto que el régimen de incomunicación representa una modalidad excepcional de la detención preventiva (y de la prisión provisional) utilizado principalmente para casos de terrorismo. Es cierto que el régimen de incomunicación no se aplica únicamente a los sospechosos por terrorismo, sino que es una posibilidad excepcional que cabe utilizar para otros detenidos. Por ello, alguna doctrina sostiene que el régimen de incomunicación de los detenidos y presos terroristas no es excepcional ni más grave que el común, pese a que se afirme lo contrario¹⁰⁰⁶. Esta

LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 203-204; ETXEBERRÍA GABILONDO/MARTÍN BERISTAIN/PEGO OTERO, “Proyecto de investigación de la tortura y malos tratos en el País Vasco entre 1960-2014”, encargado por la Secretaría General de Derechos Humanos, Convivencia y Cooperación del Gobierno Vasco, 2017, pág. 75; ETXEBARRIA ESTANKONA, en: LANDA GOROSTIZA (Dir.)/GARRO CARRERA (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, 2019, pág. 277. Sin embargo, la SAN 27/2014, de 14 de mayo, FJ A, 1, 1.13, admite implícitamente que la incomunicación se deriva del art. 55.2 CE, al señalar que “la incomunicación genera una situación de especial riesgo para los derechos humanos básicos del detenido (...). De ahí que demande un control jurisdiccional reforzado, tal y como pide el art. 55.2 CE que habla de la necesaria intervención judicial”. A mi juicio, esto último es técnicamente incorrecto, pues nada dice de la incomunicación el art. 55.2 CE, si bien también es cierto que, como ya se ha puesto de manifiesto en otros lugares de este trabajo, todas las medidas excepcionales que rodean el fenómeno del terrorismo tienen un anclaje constitucional muy significativo, aunque implícito, en el art. 55.2 CE.

¹⁰⁰³ LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 203-204.

¹⁰⁰⁴ REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 266-267 y 291-293.

¹⁰⁰⁵ STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.

¹⁰⁰⁶ LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, págs. 202-204, que titula el epígrafe de su monografía como “El mito de la incomunicación”; ZARAGOZA AGUADO, en: JUANATEY DORADO (Dir.)/FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA (Coord.), *El nuevo panorama del terrorismo en España*, 2013, págs.

afirmación es matizable por varias razones. En primer lugar, sí se pueden diferenciar claramente dos tipos de incomunicación, aquella para personas que cometen un delito de forma individual (a los que se podrá aplicar como máximo cinco días de incomunicación), y aquellas detenidas por un delito de los que alude el art. 384 bis LECrim (delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes) o personas detenidas por otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, para los que la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. Entonces, como señala LLOBET ANGLÍ¹⁰⁰⁷, la diferencia que realiza la LECrim en el plazo máximo es la delincuencia individual y la codelincuencia, no el delito cometido. Sin embargo, ello no es exactamente así, pues cabe aplicar la incomunicación más extensa a terroristas individuales, por ejemplo. Por la referencia a los “elementos terroristas” del art. 55.2 CE y a los “individuos terroristas” del art. 384 bis LECrim, y dada la vigente legislación penal antiterrorista, en virtud de la cual todos los delitos de la Sección 2ª del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP pueden cometerse de forma individual, a los detenidos por terrorismo que hayan actuado solos podrá aplicárseles la detención incomunicada por un plazo máximo de diez días (y lo mismo cabe decir para los detenidos por delitos de rebelión, para los que tampoco se exige un elemento organizativo). En segundo lugar, el art. 520 bis 2 LECrim sí prevé una especialidad únicamente para los detenidos por delitos de terrorismo y rebelión, y es que, solicitada la incomunicación por la autoridad policial a la judicial, el detenido quedará en todo caso incomunicado hasta que el órgano judicial hubiere dictado la resolución pertinente (en el plazo de veinticuatro horas). Las demás incomunicaciones, según lo dispuesto en el art. 509 LECrim, deberán ser acordadas, excepcionalmente, mediante resolución motivada, por el juez o tribunal de instrucción. En tercer lugar, existe un régimen de incomunicación circunscrito únicamente a los delitos de terrorismo y de rebelión para los menores de edad que tengan entre dieciséis y dieciocho años (art. 17.4 LORPM en relación con los arts. 520 bis y 509.4 LECrim)¹⁰⁰⁸. En cuarto lugar, aunque la medida en su más gravosa extensión también puede decretarse para supuestos de

107-108, aunque sí reconoce una singularidad para los detenidos por terrorismo, la representada por la efectiva incomunicación policial hasta que el juez se pronuncie sobre ella.

¹⁰⁰⁷ LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, pág. 202.

¹⁰⁰⁸ A mi juicio, esto constituye una previsión legal que se desmarca de las especialidades del Derecho penal de menores, el cual se enfoca en el interés superior del menor. Se trata de una clara vulneración de las disposiciones del Convenio sobre los Derechos del Niño, y España ya ha sido requerida para su derogación por instituciones internacionales de derechos humanos.

codelincuencia común (con las especialidades antedichas), la práctica es que la utilización de la medida de incomunicación en supuestos de terrorismo ha sido aplicada de forma sistemática durante décadas, atendiendo las autoridades competentes únicamente a la imputación de un delito de terrorismo, sin más motivación ajustada al caso concreto¹⁰⁰⁹, lo que, por cierto, hace que la excepcionalidad de la medida quede en entredicho. Y, por último, querer deslindar el régimen de incomunicación gubernativo del terrorismo es como hacer desaparecer su origen, que se previó por primera vez para las personas implicadas en delitos de terrorismo (me refiero a después de la Dictadura) en el último inciso del art. 2 de la Ley 56/1978, de 4 de diciembre¹⁰¹⁰, y siguió cristalizándose y ampliándose en las subsiguientes reformas (recalco, la detención incomunicada ordenada por la policía, pues la detención incomunicada ordenada por un órgano judicial ya existía anteriormente en la LECrim¹⁰¹¹).

El régimen de incomunicación ha sido descrito por el TC como aquella “medida excepcional de breve plazo de duración que tiene por objeto aislar al detenido de relaciones personales, que pueden ser utilizadas para transmitir al exterior noticias de la

¹⁰⁰⁹ Así lo ha advertido alguna doctrina: VÍRGALA FORURIA, *REDC*, N°40, 1994, pág. 102; PÉREZ MACHÍO, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI/MUÑAGORRI LAGUÍA (Dir.), *Aplicación de la normativa antiterrorista*, 2008, pág. 173; RODRÍGUEZ RUIZ, en: VOLCANSEK/STACK, *Courts and terrorism*, 2011, pág. 188; LAMARCA PÉREZ, en: PORTILLA CONTRERAS/ PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, pág. 181; ETXEBARRIA ESTANKONA, en: LANDA GOROSTIZA (Dir.)/GARRO CARRERA (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, 2019, págs. 279-280; y así lo han puesto de manifiesto también estudios empíricos en la materia: por ejemplo, ORBEGOZO ORONOZ/PÉREZ MACHÍO/PEGO OTERO, *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo*, 2009, págs. 94 y 108, señala que el 96,3% de la muestra (109 personas) de los detenidos en relación con delitos de terrorismo fueron objeto de incomunicación; o ETXEBERRÍA GABILONDO/MARTÍN BERISTAIN/PEGO OTERO, “Proyecto de investigación de la tortura y malos tratos en el País Vasco entre 1960-2014”, encargado por la Secretaría General de Derechos Humanos, Convivencia y Cooperación del Gobierno Vasco, 2017, pág. 83. Y no es necesario remontarse a los tiempos en los que la violencia de ETA era más activa y letal: el Relator Especial ya puso de manifiesto en su Informe de 2008 (A/HRC/10/3/Add.2, pág. 12, párr. 22) que, a raíz de los atentados del Atocha, unas 120 personas fueron detenidas por su participación en ellos y, por tanto, sometidas al régimen de incomunicación. Al Relator Especial le preocupaban las denuncias de interrogatorios constantes sin la presencia de un abogado, combinados con amenazas asociadas al origen de los detenidos, privación de sueño y, en algunos casos, el uso de la fuerza física. Según esas denuncias, algunos detenidos no se atrevieron a informar de su situación al médico forense que los visitaba, ya que no siempre podían distinguir entre un médico enviado por las autoridades y los interrogadores vestidos de paisano. Teniendo en cuenta que muchos de los detenidos fueron más tarde puestos en libertad por falta de pruebas y ni siquiera fueron llamados a declarar, podría sospecharse que, en algunos casos, pudiera haberse recurrido al régimen de incomunicación para obtener información que pudiera ayudar en las investigaciones y no únicamente información relacionada con los sospechosos de terrorismo.

¹⁰¹⁰ “La autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que asiste al detenido o preso”.

¹⁰¹¹ ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la legislación antiterrorista*, 1982, pág. 11.

investigación en perjuicio del éxito de esta”¹⁰¹², e interpretado principalmente en la STC 127/2000, de 16 de mayo, y en la STC 7/2004, de 9 de febrero. El intérprete constitucional ha fijado que “las resoluciones que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige. (...) Si bien con carácter general la limitación de los derechos constitucionales que la incomunicación conlleva encuentra justificación en la protección de los bienes reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE, cuales son la paz social y la seguridad ciudadana, en cuya defensa constituyen pieza esencial la persecución y castigo de los delitos (...), la finalidad específica que legitima la medida de incomunicación reside en conjurar los peligros de que ‘el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a esta propicien que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión’ (STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7; ATC 155/1999, de 14 de junio, FJ 4). De otra parte, la necesidad de la incomunicación para alcanzar esta finalidad deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, así como de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos, de manera que todo ello puede ‘hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto’ (STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7; ATC 155/1999, de 14 de junio, FJ 4)”¹⁰¹³.

Estos criterios objetivos enunciados por el TC, sin embargo, decaen en el supuesto del terrorismo: “la finalidad de conjurar los peligros para la investigación (...), no solo resulta implícita a la incomunicación de detenidos por causa de delitos de terrorismo, (...) sino que han sido previamente ponderados por el legislador para admitir la incomunicación de detenidos cuando la detención se produce por la presunta conexión del sujeto con los delitos de terrorismo, puesto que nuestra legislación solo admite expresamente la incomunicación de detenidos por delitos de terrorismo (art. 520 bis 2 LECrim). En consecuencia, *tampoco resulta constitucionalmente exigible un mayor razonamiento acerca de la necesidad de la incomunicación* para alcanzar la finalidad que la legitima, ya que esta puede afirmarse en estos delitos de forma genérica en términos de elevada probabilidad y con independencia de las circunstancias personales del sometido

¹⁰¹² STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7.

¹⁰¹³ STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.

a incomunicación, dada la naturaleza del delito investigado y los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas”¹⁰¹⁴.

En mi opinión, la regulación del régimen de incomunicación en la LECrim es indubitadamente dispersa y poco clara, a pesar de tratarse de una medida limitadora de derechos fundamentales¹⁰¹⁵. Ha sufrido varias modificaciones normativas, la última de ellas con la aprobación de la LO 13/2015 (de transposición de la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad). JUAN SÁNCHEZ opina que puede hablarse de un “nuevo” régimen de la incomunicación¹⁰¹⁶, si bien, por ejemplo, para ETXEBARRIA ESTANKONA “pocos han sido los cambios producidos respecto de la situación anterior”, respondiendo la reforma más a un propósito de “lavado de cara” que a una firme intención de acomodación del ordenamiento jurídico español a los estándares internacionales en materia de derechos humanos¹⁰¹⁷. A lo largo de las siguientes páginas veremos si de verdad los cambios operados en 2015 son sustanciales o si únicamente han respondido a la transposición de una Directiva y a las continuas llamadas de atención a España por parte de instituciones internacionales para su modificación o derogación¹⁰¹⁸.

A. Los presupuestos para adoptar la incomunicación

El art. 509.1 LECrim establece un régimen general de incomunicación, independiente del tipo de delito de que se trate, de acuerdo con el cual el órgano judicial

¹⁰¹⁴ STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3, cursivas añadidas.

¹⁰¹⁵ En esta línea: CATALINA BENAVENTE, en: FERALDO CABANA/PUENTE ABA/SOUTO GARCÍA (Coord.), *Derecho penal de excepción*, 2007, pág. 178.

¹⁰¹⁶ JUAN SÁNCHEZ, *InDret*, N°4, 2017, pág. 4. DÍAZ MARTÍNEZ, en: GIMENO SENDRA/DÍAZ MARTÍNEZ/CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, 2021, pág. 366, por su parte, opina que la reforma procesal de 2015 ha mitigado notablemente este régimen excepcional.

¹⁰¹⁷ ETXEBARRIA ESTANKONA, en: LANDA GOROSTIZA (Dir.)/GARRO CARRERA (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, 2019, págs. 276 y 295.

¹⁰¹⁸ Por ejemplo: CAT, Examen sobre el cumplimiento de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, CAT/C/XXIX/Misc.3, de 19 de noviembre de 2002, párr. 13-15; Informe del Relator Especial de la ONU sobre la cuestión de la Tortura, E/CN.4/2004/56/Add.2, de 6 de febrero de 2004, párr. 6; Informe del Relator Especial, A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de diciembre de 2008, párrafo 66; Comité contra la Desaparición Forzada, Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del art. 29 de la Convención, CED/C/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013, pág. 5, párr. 24; las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre España, CCPR/C/ESP/CO/6, de 14 de agosto de 2015, párr. 17.

competente podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal. Estos presupuestos han sido introducidos como transposición literal del art. 3.6 de la Directiva 2013/48/UE a través de la LO 13/2015, pues los anteriores eran distintos¹⁰¹⁹. La Directiva 2013/48/UE fija en su art. 8, además, una serie de condiciones generales para aplicar excepciones temporales del derecho a la asistencia letrada o del derecho a que se informe de la privación de libertad a un tercero: a) deberán ser proporcionadas y limitarse a lo estrictamente necesario; b) estarán rigurosamente limitadas en el tiempo; c) no podrán basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad de la presunta infracción¹⁰²⁰; d) no podrán menoscabar las garantías generales de un juicio justo. El legislador español no ha transpuesto este precepto relativo a las cautelas, como a mi juicio sí exigiría una legislación tan gravosa para los derechos fundamentales. Sí cabe reconocer que algunas de esas exigencias las ha tenido en cuenta a la hora de reformar la institución de la incomunicación¹⁰²¹, en tanto que actualmente, por ejemplo, existe la necesidad de motivar la aplicación de unos u otros aspectos de la incomunicación, es decir, ya no es preceptiva la aplicación de todas sus implicaciones automáticamente. A pesar de ello, no hubiera estado de más un reconocimiento de estas cautelas como el que hace la Directiva en un precepto de la LECrim, pues, aunque su contenido en cierto modo repite algunos requisitos generales de las limitaciones de derechos fundamentales (por ejemplo, el

¹⁰¹⁹ Art. 509.1 LECrim en su redacción anterior: “El Juez de Instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente la detención o prisión incomunicadas *para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos*” (cursivas añadidas). ETXEBARRIA ESTANKONA, en: LANDA GOROSTIZA (Dir.)/GARRO CARRERA (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, 2019, págs. 276-277, apunta que la nueva previsión ya no incluye como presupuesto habilitante el evitar la sustracción de la justicia de terceras personas ni la comisión de nuevos delitos; no obstante, entiende que ambas circunstancias quedarían incluidas en el segundo supuesto.

¹⁰²⁰ A pesar de que la STC 196/1987, de 11 de diciembre, dictaminó que la necesidad de acordar esta medida “deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, así como de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos”; o la STS 510/2005, de 22 de abril, FJ 4: “(...) dada la gravedad de este tipo de hechos y la dificultad de su investigación, la prórroga del plazo de detención e incluso la incomunicación de estas personas es ciertamente frecuente, con la correspondiente autorización judicial”.

¹⁰²¹ Dice que no las ha introducido en absoluto: ETXEBARRIA ESTANKONA, en: LANDA GOROSTIZA (Dir.)/GARRO CARRERA (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, 2019, págs. 276-277.

respeto a la proporcionalidad), no está de más su reconocimiento legal, y más en un ámbito jurídico como el de la incomunicación, que tantas vulneraciones de derechos ha propiciado, como más adelante comprobaremos.

Esta detención incomunicada deberá ser dispuesta motivadamente mediante auto por un juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención gubernativa. Si el órgano judicial no se pronunciase a este respecto, habrá que entender su silencio como denegatorio de la petición de incomunicación¹⁰²². En virtud del art. 509.3 LECrim, el auto en el que se acuerde la incomunicación, o, en su caso, su prórroga, deberá expresar los motivos por los que haya sido adoptada la medida, así como las concretas restricciones impuestas al detenido o preso incomunicado (art. 527.2 LECrim), si bien no se leerán al procesado los fundamentos del auto de incomunicación cuando le fuere notificado, ni se le dará copia de ellos (art. 408 LECrim).

El TS ha resaltado que “las resoluciones que acuerdan la medida de incomunicación exigen un especial rigor en su motivación dadas las trascendentales consecuencias de la misma, especialmente por las limitaciones que impone al derecho a la defensa, específicamente a la asistencia letrada, (imposibilidad de designar letrado de confianza y de realizar la entrevista reservada)”¹⁰²³, si bien no con un criterio unificado, pues en otra ocasión había dictaminado que “la irrecurribilidad de los autos judiciales que autorizan estas medidas [la incomunicación] justifica un menor rigor en las exigencias de motivación de este tipo de resoluciones (...)”¹⁰²⁴.

El régimen de incomunicación general previsto en el art. 509 LECrim, en el que se establecen motivos tasados para acordar la incomunicación del detenido o preso, ha mitigado el régimen excepcional previsto en el art. 520 bis LECrim para los supuestos de terrorismo, ya que de acuerdo con la legislación vigente, incluso en casos de terrorismo, la incomunicación tendrá que basarse en alguno de los motivos tasados que recoge el art. 509.1 LECrim¹⁰²⁵, y también porque ahora, en virtud del art. 527 LECrim, se permite la

¹⁰²² DÍAZ MARTÍNEZ, en: GIMENO SENDRA/DÍAZ MARTÍNEZ/CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, 2021, pág. 366.

¹⁰²³ STS 800/2006, de 13 de julio, FJ 1.

¹⁰²⁴ STS 510/2005, de 22 de abril, FJ 4.

¹⁰²⁵ En este sentido, también: DÍAZ MARTÍNEZ, en: GIMENO SENDRA/DÍAZ MARTÍNEZ/CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, 2021, pág. 366.

limitación de alguno de los derechos que ahí se incluyen si las circunstancias así lo motivan, pero no necesariamente de todos ellos¹⁰²⁶.

Solicitada la incomunicación por la policía, y aquí llega lo importante (y lo más criticable), el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los arts. 520 y 527, hasta que el órgano judicial hubiere dictado la resolución pertinente (art. 520 bis 2 LECrim). Para ETXEBARRÍA ESTANKONA, esto supone que la decisión judicial se limitará a ratificar (si se dan los presupuestos) una incomunicación que ya ha sido acordada y adoptada con anterioridad por la propia policía¹⁰²⁷.

Durante la detención incomunicada, el órgano judicial podrá en todo momento requerir información a fin de constatar el estado del detenido o preso y el respeto a sus derechos (art. 527.2 LECrim) y conocer, personalmente o mediante delegación en el juez de instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste (art. 520 bis 3 LECrim).

B. La duración de la incomunicación

La legislación anterior a la reforma de 2015, en virtud del anterior art. 509 LECrim, disponía que la incomunicación debía durar el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que estas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos. El mismo precepto, posibilitaba la incomunicación en casos de terrorismo por un periodo máximo de trece días. Un primer periodo general (para todos los delitos) de cinco días (“la incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días”); a la que se podían añadir otros cinco cuando se tratase de casos relacionados con terrorismo, rebelión, u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas. En estos mismos casos, el órgano judicial competente podía adoptar de nuevo la

¹⁰²⁶ Sobre la necesidad de motivar la suspensión de cada uno de los derechos: STEDH 15508/15, Caso Atristain Gorosabel contra España, de 18 de enero de 2022.

¹⁰²⁷ ETXEBARRÍA ESTANKONA, en: LANDA GOROSTIZA (Dir.)/GARRO CARRERA (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, 2019, págs. 276 y 295. También se muestra crítica con este extremo: LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 204.

incomunicación del preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello, cuya duración no podía extenderse más de tres días.

La regulación actual de la incomunicación también dispone que deberá durar “el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia las diligencias tendentes a evitar los peligros a los que se refiere el apartado anterior”, es decir, la necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o la necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal. En cuanto a los plazos máximos, la incomunicación general no podrá extenderse más allá de cinco días. Pero como en la regulación anterior, en los casos en que la prisión se acuerde por delitos de terrorismo, rebelión u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. Entonces, además de los presupuestos para el decreto de la incomunicación, el cambio sustancial de la reforma es la reducción de esos tres días que antes se permitían en caso de que la investigación lo requiriera. Aun así, sigue en mi opinión siendo un plazo demasiado dilatado¹⁰²⁸.

Por otro lado, la legislación no es clara en otro aspecto relativo a la duración. Pese a que la reforma de 2015 ha suprimido los tres últimos días mencionados, no ha dejado zanjada la cuestión de si se podrán acordar posteriores incomunicaciones, siempre que se den los presupuestos para ello¹⁰²⁹.

C. El alcance de la incomunicación

De acuerdo con el art. 527.1 LECrim, el detenido o preso incomunicado podrá ser privado de los siguientes derechos, siempre y cuando tal privación venga justificada por las circunstancias del caso: a) Designar un abogado de su confianza; b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el médico forense; c) Entrevistarse reservadamente con su

¹⁰²⁸ De esta misma opinión: ETXEBARRIA ESTANKONA, en: LANDA GOROSTIZA (Dir.)/GARRO CARRERA (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, 2019, págs. 281-283.

¹⁰²⁹ El art. 175.3 del Proyecto de Código Penal Procesal de 2013 sí preveía explícitamente este extremo: “Si con posterioridad a la primera incomunicación y a su posible prórroga sobrevinieren nuevos riesgos de entidad suficiente para acordar una nueva incomunicación, se podrá autorizar por un plazo improrrogable de tres días y *sin posibilidad de reiteraciones en el mismo procedimiento*”.

abogado; d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

Ya se ha puesto de manifiesto que a partir de 2015 ya no estamos ante una limitación indiscriminada de los citados derechos, sino que será preciso motivar (mediante auto) las razones que, en cada caso concreto, justifican la adopción de cada una de las limitaciones de derechos. Ahora bien, cuando la restricción de derechos sea solicitada por la policía o por el Ministerio Fiscal, se entenderán acordadas todas las medidas instadas por tales autoridades por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del cual el juez habrá de pronunciarse sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia de acordar el secreto de las actuaciones (art. 527.2 LECrim).

a) *La imposibilidad de designar abogado y el carácter no reservado de las entrevistas*

El detenido o preso incomunicado podrá ser privado del derecho a designar un abogado de su confianza (art. 527.1 a) LECrim) y del derecho a entrevistarse reservadamente con él (art. 527.1 c) LECrim)¹⁰³⁰.

Así, el rasgo más importante y longevo del régimen de incomunicación es su afectación a los derechos contenidos en los arts. 17.3 y 24.2 CE. El primero de esos preceptos garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca, el derecho a ser informado de la razón de la detención y de los derechos que le asisten, y el derecho a no declarar (todos ellos, desarrollados en los arts. 520 y ss. de la LECrim). El segundo precepto, el art. 24.2 CE, reconoce que todas las personas tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia letrada, a ser informados de la acusación formulada

¹⁰³⁰ Se dice que estas limitaciones de derechos tienen su origen en la Alemania de los años setenta, en el contexto de la actuación de la *Rote Armee Fraktion*, también denominada Baader-Meinhof. A principios de los años setenta algunos abogados alemanes que defendían a personas relacionadas con delitos de terrorismo comenzaron a sufrir todo tipo de presiones, investigaciones, registros domiciliarios e intervención en sus comunicaciones. En 1974 se realizó una reforma mediante la *Gesetz zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrecht vom 20. Dezember 1974*, conocida popularmente como la “Ley Baader-Meinhof”. Después de esta norma, fueron sucediéndose otras limitadoras de derechos para los investigados y condenados por terrorismo. Incluso, el BVerfGE tuvo que dirimir la constitucionalidad de algunas de ellas. Sobre estas normas, pueden verse: LÓPEZ GARRIDO, *Terrorismo, política y Derecho*, 1987, págs. 67-70; SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, págs. 222 y ss.; GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor*, 1988, págs. 23-51; OEHMICHEN, *Terrorism and anti-terror legislation*, 2009, págs. 243 y ss.; CARRASCO ANDRINO, *Estudios penales y criminológicos*, N°39, 2019, págs. 67-78.

contra ellas, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismas, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. Así, la detención incomunicada efectivamente limita, sin habilitación constitucional para ello, el derecho a la defensa del art. 24.2 CE y los derechos a la asistencia letrada de los arts. 17.3 y 24.2 CE, por lo que, en mi opinión, se produce la infracción de ambos preceptos.

Para mucha doctrina, la libre elección de abogado forma parte del contenido esencial del derecho de defensa¹⁰³¹: “el derecho a la asistencia de abogado ha de consistir, primariamente, en la facultad de elección de un abogado de confianza, de la persona que el defendido considere más adecuada para ello”¹⁰³².

El TC, por su parte, ha entendido que el derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 CE de acuerdo con el art. 6.3 del CEDH¹⁰³³ y con el art. 14.3 del PIDCP¹⁰³⁴, es, en principio y, ante todo, el derecho a la asistencia de un letrado de la propia elección del justiciable, lo que comporta de forma esencial que este pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa. Así pues, entiende el TC que en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su abogado, y, por ello, procede entender que la libre designación de este viene integrada en el ámbito protector del derecho constitucional de defensa¹⁰³⁵. Sin embargo, también ha entendido el TC, y eso es lo importante a nuestros efectos, que la esencia del derecho a la asistencia letrada durante la detención (art. 17.3 CE) no reside en el modo en que se designa abogado, sino en la efectividad de la defensa que desarrolle el mismo, por lo que no es contrario al art. 17.3 CE que el abogado no sea libremente elegido por el detenido.

¹⁰³¹ GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor*, 1988, págs. 124-125; GEPC, *Una alternativa*, 2008, pág. 63; LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 205; MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., 2021, pág. 172.

¹⁰³² MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., 2021, pág. 172.

¹⁰³³ “3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: (...) b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; (...)” (cursivas añadidas).

¹⁰³⁴ “3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; (...)” (cursivas añadidas).

¹⁰³⁵ STC 18/1995, de 24 de enero, FJ 2.

Esto último fue desarrollado por el más alto intérprete constitucional en su STC 196/1987, de 11 de diciembre. El TC aceptó la limitación del derecho a nombrar un abogado de confianza para los supuestos de incomunicación, señalando que la asistencia letrada en ese momento no tiene por objeto la preparación de la defensa, sino proteger al detenido con un abogado que le preste apoyo moral y ayuda profesional, algo que se puede cumplimentar con la atención de un abogado de oficio. También lo entiende así la Fiscalía General del Estado¹⁰³⁶.

No obstante, tanto un amplio sector doctrinal¹⁰³⁷ como dos votos particulares a la propia Sentencia mencionada¹⁰³⁸ se han mostrado críticos con la declaración de constitucionalidad de la prohibición de designar abogado libremente. Algunos de los argumentos de estos dos votos particulares son dignos de mención. El primero de ellos expresa que, “una previsión pensada para casos excepcionales no debe, en buena técnica jurídica y de política penal, convertirse en norma general indiscriminada, restringiendo un derecho fundamental hasta el punto de afectar a su esencia y hacerlo irreconocible”. El segundo de ellos, sostiene que “es evidente que la asistencia letrada al detenido es menos compleja que la que haya de prestarse a un acusado o procesado penalmente, pero ello no implica de ningún modo que al detenido le sea indiferente ser asistido por cualquier abogado o tener que confiar en el letrado que el turno de oficio le depare; como tampoco puede afirmarse que la eficacia de la asistencia técnica, el apoyo moral y la ayuda profesional en los primeros momentos o días de la detención puedan lograrse de igual o equivalente modo por el abogado que goza de la confianza del detenido que por quien le resulta desconocido y ha sido designado sin su intervención y de modo aleatorio para él. (...) Si se aceptaran las premisas sobre las que la mayoría ha elaborado su tesis,

¹⁰³⁶ Consulta 2/2005, hecha a la Fiscalía General del Estado, de 12 de julio, sobre el discutido derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración en fases previas a la incoación del expediente, FIS-Q-2005-00002, pág. 5, https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-Q-2005-00002.pdf (último acceso 19/03/2023): “Tampoco debe olvidarse que en general el derecho del detenido a ser asistido de abogado, impuesto por los arts.17.3 CE y 520 LECrim no puede confundirse con el derecho de defensa en sentido material, y debe partirse de que aquel sólo protege al ciudadano privado de libertad de posibles irregularidades o coacciones durante la detención gubernativa y que el régimen de la intervención del abogado del detenido no es activo”.

¹⁰³⁷ GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor*, 1988, págs. 96, 128-129, 139 y ss.: MORENO CATENA, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, págs. 394-395; GEPC, *Una alternativa*, 2008, págs. 62-64; LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 205-206; SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho de defensa*, 2017, págs. 136-137.

¹⁰³⁸ Voto particular formulado por el Magistrado De la Vega Benayas, al que se adhiere el Magistrado Díez-Picazo y Ponce de León; y el voto particular formulado por los Magistrados Latorre Segura y Leguina Villa y la Magistrada Begué Cantón.

ésta sería válida para todo tipo de detenidos, comunicados o no, pues, conforme a dicho razonamiento, tampoco los detenidos no comunicados verían mermada la efectividad de la asistencia letrada si la ley dispusiera que también a ellos les fuese nombrado en todo caso abogado del turno de oficio mientras dure la fase de detención”.

En palabras de MORENO CATENA, el abogado no es un simple “convidado de piedra”¹⁰³⁹ que únicamente vela por la legalidad de la detención, pues eso no es lo que se desprende del art. 17.3 CE. “Se garantiza la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales”, lo que implica también una defensa proactiva del detenido o preso¹⁰⁴⁰ desde los primeros momentos y sobre todo en la primera declaración policial y judicial del detenido, por lo que cabe decir que el derecho de defensa no solo está contenido en el art. 24 CE sino, además, en el art. 17.3 CE¹⁰⁴¹. El derecho se limita legalmente, sin habilitación constitucional para ello.

Se intenta justificar esta medida a fin de evitar la frustración de diligencias policiales como consecuencia de eventuales comunicaciones entre diversos elementos terroristas a través del abogado que asiste a uno de ellos, ya que subyace, como mera hipótesis del poder ejecutivo, que el abogado que elige el terrorista es otro terrorista¹⁰⁴², o, en palabras de LAMARCA PÉREZ, se efectúa una presunción que convierte al abogado del sospechoso en abogado sospechoso, lo que resulta una injerencia inadmisibles al identificar al abogado con la causa o con la persona a la que defiende¹⁰⁴³. Uno de los votos particulares a la STC 196/1987¹⁰⁴⁴ calificó de ingenuo el pensar que los peligros derivados de la detención (como la preparación de coartadas o la eliminación de pruebas e indicios, así como la huida de los implicados) van a ser evitados con la no asistencia de un abogado de elección por su posible comportamiento prevaricador (sería más lógico y eficaz, entonces, enjuiciar e incriminar al letrado). Si lo anterior no ocurre, la comunión ideológica entre persona incomunicada y su defensa (que, además, se da por supuesta) no

¹⁰³⁹ MORENO CATENA, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, págs. 395.

¹⁰⁴⁰ Ídem.

¹⁰⁴¹ LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 205.

¹⁰⁴² ORBEGOZO ORONOZ/PÉREZ MACHÍO/PEGO OTERO, *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo*, 2009, pág. 60.

¹⁰⁴³ LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 205-206. También de esa opinión: GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor*, 1988, págs. 101 y 146 y ss.; ETXEBARRIA ESTANKONA, en: LANDA GOROSTIZA (Dir.)/GARRO CARRERA (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, 2019, págs. 285-286.

¹⁰⁴⁴ Voto particular formulado por el Magistrado De la Vega Benayas, al que se adhiere el Magistrado Díez-Picazo y Ponce de León.

es una cuestión en la que deba inmiscuirse el Derecho procesal penal. Esta injerencia ya es de por sí problemática en el ámbito del Derecho penal sustantivo en cuanto a los elementos subjetivos de los delitos de terrorismo, por lo que darla por supuesta¹⁰⁴⁵, además, para un abogado (pieza clave para el derecho de defensa), es del todo inadmisibles de acuerdo con los principios que deben regir un Estado social y democrático de Derecho.

La privación del derecho a designar abogado responde a un intento de demorar en lo posible la difusión, a través del abogado, de las correspondientes órdenes y alertas que pueden facilitar la fuga del resto de integrantes de la banda y la destrucción de las pruebas del delito, por lo que la exclusión de este derecho sirve a la *lucha* antiterrorista¹⁰⁴⁶.

De acuerdo con el art. 520.5 LECrim (antes de la LO 13/2015, art. 520.4 LECrim), la autoridad que tenga bajo su custodia al detenido comunicará inmediatamente al Colegio de Abogados la petición de nombramiento de abogado de oficio. El abogado designado acudirá al centro de detención con la máxima premura, siempre dentro del plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo. Este plazo ha sufrido un cambio a partir de 2015, pues anteriormente era de ocho horas. A esta reducción del plazo se había comprometido el Gobierno español en sus respuestas al Informe del CPT de 2011, si bien consideraba que no era necesaria la reforma legislativa más exigente a la que le exhortaba el CPT, en el sentido de obligar a la asistencia letrada *inmediata* del detenido nada más ingresar éste en el centro de detención o custodia¹⁰⁴⁷. Ya había tratado el Gobierno español esta cuestión en sus respuestas al Informe anterior del CPT, el realizado en 2007. Allí, reconocía la posibilidad de que el detenido no contara con abogado durante un plazo máximo de ocho horas, y lo justificaba en la falta de medios personales y técnicos¹⁰⁴⁸. Si bien es cierto que esta situación de carencia de letrado durante unas horas no es privativa de los incomunicados, pues se aplica para cualquier persona que tenga que recurrir al

¹⁰⁴⁵ ETXEBARRIA ESTANKONA, en: LANDA GOROSTIZA (Dir.)/GARRO CARRERA (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, 2019, pág. 285, se refiere a “una presunción legal de confabulación del abogado libremente designado por el detenido y de una actuación deliberadamente en contra de la investigación”.

¹⁰⁴⁶ BERNARDO SAN JOSÉ/DE PADURA BALLESTEROS, en: BACHMAIER WINTER (Coord.), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, 2012, pág. 123.

¹⁰⁴⁷ CPT, Respuesta del Gobierno Español al informe del CPT sobre la visita a España llevada a cabo del 19 de septiembre hasta el 1 de octubre de 2007, CPT/Inf (2011) 12, 25 de marzo de 2011, pág. 37. También se había comprometido a la reducción del plazo en el Plan de Derechos Humanos del Gobierno de España, 2008, pág. 30, medida 96, Consulta: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/NHRA/Spain_NHRAP.pdf (último acceso 19/03/2023).

¹⁰⁴⁸ CPT, Response of the Spanish Government to the CPT on its visit to Spain from 12 to 19 December 2005, CPT/Inf (2007) 31, 10 de julio de 2007, págs. 7-8.

turno de oficio, también lo es que para los detenidos en régimen de incomunicación siempre se dará, pues se les asigna de forma obligatoria un defensor de oficio. Aplaudo la reducción del plazo y encuentro el actual razonable, pues, por un lado, el plazo de ocho horas resultaba excesivo¹⁰⁴⁹, pero, por otro, una asignación inmediata de asistencia letrada, como solicitaba el CPT a España¹⁰⁵⁰ es a mi juicio materialmente imposible, salvo que hubiera un defensor del turno de oficio en cada posible lugar de detención policial. Por otro lado, cabe apuntar que la mayor celeridad en la asignación de abogado no protege únicamente al detenido, sino que también a la autoridad policial sobre posibles denuncias de vulneraciones de derechos del detenido¹⁰⁵¹.

Por otro lado, el art. 527.1 c) LECrim sigue excluyendo para la persona incomunicada la entrevista reservada con su abogado de oficio, a pesar de las críticas de organizaciones internacionales¹⁰⁵². La doctrina también se ha mostrado muy crítica con esta medida¹⁰⁵³, e incluso se ha sostenido su inconstitucionalidad¹⁰⁵⁴. El TEDH mantiene que “el privilegio que acompaña a la comunicación entre el detenido y su abogado constituye un derecho fundamental de la persona y afecta directamente al derecho de defensa”, y se subraya la importancia crucial de estas reuniones confidenciales, que solo podrá excepcionarse en casos excepcionales y a condición de que existan garantías

¹⁰⁴⁹ Pues no hay que olvidar que, como ha señalado el CPT en repetidas ocasiones, el período inmediatamente posterior a la privación de libertad es cuando el riesgo de intimidación y malos tratos físicos es mayor, por lo que la posibilidad de que las personas tengan un acceso rápido a un abogado desde el mismo momento de su privación de libertad es una salvaguardia fundamental de sus derechos. Ver, por ejemplo: CPT, Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the CPT from 12 to 19 December 2005, CPT/Inf (2007) 30, 10 de julio de 2007, pág. 12, párr. 21.

¹⁰⁵⁰ CPT, Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the CPT from 19 September to 1 October 2007, CPT/Inf (2011) 11, 25 de marzo de 2011, pág. 26, párr. 58, que señala que “*the right of access to a lawyer applies as from the very outset of custody*”, es decir, que el derecho de acceso a la asistencia letrada rige desde el mismo momento de la detención.

¹⁰⁵¹ INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Assessing Damage, Urging Action*, 2009, pág. 146.

¹⁰⁵² Entre otros: CPT, Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the CPT from 19 September to 1 October 2007, CPT/Inf (2011) 11, 25 de marzo de 2011, pág. 26, párr. 58; Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados parte con arreglo al art. 40 del Pacto (España), Observaciones finales, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, pág. 4, párr. 14. Sí es cierto que la Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, de 11 de enero de 2006, excepciona este derecho en situaciones excepcionales: “23.4 Las consultas y otras comunicaciones –incluida la correspondencia– sobre asuntos jurídicos entre un detenido y su abogado serán confidenciales; 23.5 Una autoridad judicial podrá, en circunstancias excepcionales, autorizar restricciones a este principio de confidencialidad a fin de evitar la comisión de un delito grave o un perjuicio mayor a la seguridad de la prisión”, pero no excepciona el derecho de todo detenido a consultar por su cuenta a un abogado de su elección sobre cualquier aspecto de derecho (Regla 23.2).

¹⁰⁵³ GEPC, *Una alternativa*, 2008, págs. 64; JUAN SÁNCHEZ, *InDret*, N°4, 2017, pág. 17; SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho de defensa*, 2017, págs. 137-138.

¹⁰⁵⁴ GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor*, 1988, pág. 96.

adecuadas y suficientes contra los abusos¹⁰⁵⁵. Si supuestamente la finalidad de excluir la elección de abogado es evitar la connivencia entre este y la persona incomunicada, ¿de qué sirve entonces la designación de abogado de oficio? ¿o es que acaso, también se sospecha de él? Se trata de una medida que carece, bajo mi punto de vista, de justificación. No obstante, el Gobierno de España, en unas respuestas que formula a un Informe sobre España del CAT, fundamenta la medida en que, dado el carácter ampliamente organizado de las bandas terroristas, se da el caso de que los detenidos integrantes de estas amenazan y coaccionan a los abogados, obligándoles a funcionar como correos portadores de información cuya difusión podría hacer fracasar la operación antiterrorista¹⁰⁵⁶.

Cabe traer a colación un reciente fallo del TEDH (Sección 3ª) que se refiere a estos extremos. El Tribunal del Consejo de Europa ha reconocido por primera vez la vulneración de los arts. 6.1 y 6.3 del CEDH en el contexto de la detención incomunicada española, por la previsión automática de la legislación anterior que impedía el nombramiento de abogado por parte del detenido y la entrevista privada con el asignado de oficio. Se trata de la STEDH 15508/15, Caso Atristain Gorosabel contra España, de 18 de enero de 2022¹⁰⁵⁷, en el que se condena a nuestro país a pagar una indemnización al recurrente por la vulneración de sus derechos. Los hechos fueron los siguientes: el 29 de septiembre de 2010 la Guardia Civil detuvo al demandante Xabier Atristain Gorosabel, cuya detención incomunicada fue autorizada al día siguiente por el órgano judicial competente para evitar la posible frustración de la investigación en curso, cuyo objetivo principal era la localización de explosivos. Una vez autorizada la detención en régimen de incomunicación, se asignó al demandante asistencia letrada de oficio. Simultáneamente, se llevó a cabo un registro en su domicilio, donde se incautó material informático. El mismo día 30 de septiembre de 2010, el juez instructor ordenó la prórroga de la detención del demandante por un período de cuarenta y ocho horas, habida cuenta de la naturaleza de los delitos investigados y de la gran cantidad de material informático encontrado en el registro. Durante la detención en régimen de incomunicación el demandante prestó dos declaraciones a la policía, ambas en presencia del letrado de oficio asignado.

¹⁰⁵⁵ STEDH 15508/15, Caso Atristain Gorosabel contra España, de 18 de enero de 2022, y las allí citadas.

¹⁰⁵⁶ CAT, Respuestas del Gobierno de España a las conclusiones y recomendaciones del CAT (CAT/C/ESP/CO/5), CAT/C/ESP/CO/5/Add.1, 1 de marzo de 2011, párr. 12.

¹⁰⁵⁷ Sentencia firme desde el 9 de mayo de 2022.

El demandante declaró que al ser interrogado por la policía se le había privado de la posibilidad de ser asistido por un abogado de su elección (primera y principal consecuencia del régimen de incomunicación). Afirmó que se encontraba en una situación de vulnerabilidad porque había recorrido una larga distancia en coche y no había dormido antes del primer interrogatorio policial. Además, su defensa no había sido ni práctica ni eficaz. El abogado del turno de oficio no había tenido acceso al expediente del caso y no se le había permitido reunirse con él ni antes ni después del interrogatorio policial, aunque este sí había expresado su oposición a que el demandante fuera obligado a prestar su segunda declaración ante la policía, ya que consideraba que no se habían respetado sus derechos. En opinión del demandante, las declaraciones que había prestado durante su detención en régimen de incomunicación no eran sólidas, y la policía las había utilizado para obtener las pruebas que posteriormente habían servido para justificar su condena.

El art. 6.1 CEDH exige que se proporcione acceso a asistencia letrada tan pronto como exista “una acusación penal”, y, en particular, desde el momento de la detención del sospechoso y para su primer interrogatorio policial. También, desde las primeras fases del procedimiento, la persona debe poder recurrir a la asistencia letrada de su elección, según lo dispuesto en su art. 6.3 c) del Convenio.

A pesar de la importancia de los derechos mencionados, estos, obviamente, no son absolutos. El TEDH ha sostenido sistemáticamente que las autoridades nacionales deben tener en cuenta los deseos del acusado en cuanto a la elección de su representación legal, pero pueden suprimir ese derecho de elección cuando existan motivos pertinentes y suficientes para considerar que ello es necesario en interés de la justicia. Ahora bien, en ausencia de tales motivos, una restricción a la libre elección de abogado defensor supondría una violación del art. 6.1 y 6.3 c) CEDH si afectara negativamente a la defensa del solicitante, teniendo en cuenta el procedimiento en su conjunto. A diferencia de los casos relativos a la denegación de acceso a un abogado, que solo pueden justificarse en caso de que existan “razones imperiosas” para dicha restricción, el requisito más indulgente de razones “pertinentes y suficientes” se ha aplicado a situaciones que plantean la cuestión menos grave de la “denegación de elección”. En tales casos, la tarea del Tribunal será la de evaluar si, a la luz del procedimiento en su conjunto, los derechos de la defensa han sido “afectados negativamente” hasta el punto de socavar la equidad general del procedimiento.

El TEDH ha declarado que el primer paso debe consistir en evaluar si se ha demostrado, a la luz de las circunstancias particulares del caso, que existían motivos pertinentes y suficientes para anular u obstaculizar la voluntad del acusado en cuanto a su elección de representación legal. Cuando no existan tales motivos, el Tribunal debe evaluar la equidad general del proceso penal teniendo en cuenta una serie de factores, como la naturaleza del procedimiento y la aplicación de ciertos requisitos profesionales. Ahora bien, como ya se ha indicado, la comunicación entre el detenido y su abogado constituye un derecho fundamental y afecta directamente al derecho de defensa, por lo que el respeto a la confidencialidad entre abogado y cliente solo puede ser objeto de excepción en casos excepcionales y a condición de que existan garantías adecuadas y suficientes contra abusos.

El TEDH se hace cargo de que el derecho español vigente prevé un análisis caso por caso, que sin embargo no era aplicable en el momento de la detención del demandante. Observa que las decisiones que restringieron su derecho a ser asistido por un abogado de su elección se basaban en una disposición legal general y fueron impuestas automáticamente como consecuencia principal de la incomunicación del demandante. Para el TEDH, el hecho de que el juez deba motivar el decreto de la incomunicación no suple la necesidad de restringir caso por caso el derecho de acceso a un abogado de elección, y por ello estima que se limitó el derecho en la fase de instrucción sin que existieran motivos pertinentes y suficientes para ello, y que no se basó en una valoración individual de las circunstancias particulares del caso cuando se adoptó la decisión judicial de incomunicación del demandante¹⁰⁵⁸.

En cierto modo, la decisión del TEDH llega tarde, pues la reforma de la LECrim de 2015 suprimió la automaticidad de estas medidas, tras décadas de limitación de derechos fundamentales sin observancia de los requisitos que toda restricción debería respetar. Sin embargo, esta decisión sigue siendo muy valiosa en materia interpretativa. Debe servir a los órganos judiciales españoles a la hora de decretar estas medidas, pues

¹⁰⁵⁸ Tras la condena a España por parte del TEDH, el demandante fue excarcelado. Interpuso un recurso de revisión ante el TS para anular su condena esgrimiendo el fallo del TEDH, que había concluido que la exclusión de abogado de su elección “fue tal que socavó la equidad del proceso penal posterior en la medida en que la declaración inicial inculpativa del demandante fue admitida como prueba”. Sin embargo, la Sala de lo Penal del TS ha denegado esta revisión y ha considerado que debía volver a prisión, pues, aun prescindiendo de las declaraciones realizadas durante el periodo de incomunicación, existían otras pruebas ajenas a las citadas declaraciones mediante las que se hubiera podido llegar a la misma conclusión sobre los hechos que fundamentaron la condena.

pauta los requisitos para las restricciones concretas de estos derechos. Por otro lado, es una llamada internacional más de atención a las autoridades españolas en materia de incomunicación.

b) La prohibición de comunicación con otras personas y la puesta en conocimiento de la detención

El art. 527.1 b) LECrim prohíbe a la persona incomunicada comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el médico forense.

Ya he señalado que la incomunicación supone una suspensión de derechos no habilitada por el art. 55.2 CE. Y a pesar de que me he centrado más en el aspecto relativo al derecho a la libertad (art. 17), existe otro aspecto para tener en cuenta que ya he adelantado. La incomunicación, en sí, significa la anulación del derecho a las comunicaciones, y no únicamente al secreto de estas, como sí habilita expresamente el art. 55.2 CE al mencionar el art. 18.3 CE.

Antes de 2015, en virtud del art. 527, la persona incomunicada no tenía derecho a la comunicación prevista en el art. 520.2 d) LECrim (ahora prevista en su letra e)) que se refiere al “derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento; los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país”.

Por otro lado, la exclusión de este derecho también suponía una presunción de confabulación entre el incomunicado y sus familiares o allegados, en idénticos términos a los mencionados anteriormente para los abogados, lo que supone una ampliación excesiva del colectivo de “presuntos terroristas” que nada tiene que ver con el principio de responsabilidad personal¹⁰⁵⁹.

A partir de 2015, la exclusión expresa de este derecho se elimina, por lo que la detención deberá ser puesta en conocimiento de un familiar o persona allegada en todo caso, destacando como un aspecto positivo de la reforma. ETXEBARRIA ESTANKONA entiende, por el contrario, que esta prohibición no ha desaparecido. A su juicio, la actual

¹⁰⁵⁹ ORBEGOZO ORONÓZ/PÉREZ MACHÍO/PEGO OTERO, *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo*, 2009, pág. 69.

previsión, formulada en unos términos más amplios, sigue incluyendo la misma restricción, si bien hace posible la elección y filtrado por parte del juez de los interlocutores de la persona detenida, determinando aquellos con los que pueda ponerse en contacto, por no existir motivos de sospecha¹⁰⁶⁰. La actual previsión a la que se refiere la autora es la genérica privación que realiza el art. 527.1 b) a la que me he referido más arriba, la de “comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el médico forense”. Sin embargo, a mi juicio debe interpretarse que la privación del derecho a que se ponga en conocimiento de un allegado la detención y el paradero ha desaparecido a partir de 2015, en tanto que el legislador antes excluía este derecho de forma expresa, y ya no lo hace. Lo que en mi opinión sí excluye la previsión genérica de incomunicación a la que alude el art. 527 es el derecho introducido en 2015 por el art. 520.2 f) “a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 527”.

La situación legislativa anterior a 2015, que excluía la puesta en conocimiento de la detención y lugar de custodia a los allegados de la persona incomunicada, fue muy criticada, pues instituía una suerte de detención secreta y podía hacer sufrir graves preocupaciones a las familias y allegados de la persona incomunicada. Así, el mantenimiento del secreto de la investigación policial hasta tanto concluya la operación en marcha debe poder conciliarse con el derecho de la familia del detenido a tener noticia desde el primer momento¹⁰⁶¹.

El art. 17.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, ratificada por España en el año 2009, reza: “Nadie será detenido en secreto”; y, el art. 17.2 d) de la misma Convención garantiza que “toda persona privada de libertad sea autorizada a comunicarse con su familia, un abogado o cualquier otra persona de su elección y a recibir su visita, con la sola reserva de las condiciones establecidas por la ley, y en el caso de un extranjero, a comunicarse con sus autoridades consulares, de conformidad con el derecho internacional aplicable”. El art. 18 de la misma Convención, reconoce también el derecho de los allegados de la

¹⁰⁶⁰ ETXEBARRIA ESTANKONA, en: LANDA GOROSTIZA (Dir.)/GARRO CARRERA (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, 2019, pág. 287.

¹⁰⁶¹ GEPC, *Una alternativa*, 2008, pág. 64.

persona privada de libertad, de su representante o abogado, a acceder, como mínimo a las informaciones siguientes: la autoridad que decidió la privación de libertad; la fecha, la hora y el lugar en que la persona fue privada de libertad y admitida en un lugar de privación de libertad; la autoridad que controla la privación de libertad; el lugar donde se encuentra la persona privada de libertad y, en caso de traslado hacia otro lugar de privación de libertad, el destino y la autoridad responsable del traslado; la fecha, la hora y el lugar de la liberación; los elementos relativos al estado de salud de la persona privada de libertad; y, en el caso de fallecimiento durante la privación de libertad, las circunstancias y causas del fallecimiento y el destino de los restos. Este último derecho de los allegados, no obstante, podrá ser excepcionado en virtud de lo dispuesto en el art. 20.1. Este precepto dispone que, en caso de que la persona se encuentre legalmente detenida y bajo control judicial, el derecho a las informaciones previstas en el art. 18 podrá limitarse, solo a título excepcional, cuando sea estrictamente necesario en virtud de restricciones previstas por la ley, y si la transmisión de información perjudicase la intimidad o la seguridad de la persona o el curso de una investigación criminal, o por otros motivos equivalentes previstos por la ley, y de conformidad con el derecho internacional aplicable y con los objetivos de la presente Convención. Ahora bien, de acuerdo con el último inciso del precepto no se admiten, bajo ningún concepto, limitaciones al derecho a las informaciones previstas en el art. 18 que puedan constituir conductas definidas en el art. 2 o violaciones del art. 17.1 (detenciones secretas).

Precisamente el art. 20 de la Convención fue argüido por España en un Informe sobre las desapariciones forzadas para el Comité con el mismo nombre de la ONU como justificación de la conformidad del régimen de incomunicación español con la Convención: “Se trata, por tanto, de un supuesto de incomunicación de detenidos único en la normativa española, derivado de la actuación de bandas armadas o terroristas, el cual, no obstante, está sujeto al permanente control de la autoridad judicial. Por ello, se entiende que las limitaciones de información que se desprenden de este supuesto encajan en la excepcionalidad que permite el art. 20 de la Convención”. Esta argumentación, en mi opinión, cae en el error, pues el art. 18 se refiere al derecho de los allegados a conocer datos sobre la detención, pero no se refiere a excepcionar derechos para el propio detenido. Y, por otro lado, acabo de resaltar que el citado precepto excluye las limitaciones al derecho a las informaciones previstas en el art. 18 que puedan constituir conductas definidas en el art. 2 o violaciones del art. 17.1, lo que significa que no se podrá

ocultar la totalidad de la información, porque en ese caso sí estaríamos ante una “detención secreta” prohibida por el art. 17.1 de la Convención¹⁰⁶².

Meses después de aquel Informe presentado por España, el Comité contra la Desaparición Forzada, en sus Observaciones finales sobre España de 2013, determinó que el régimen español de incomunicación no se adecuaba a los presupuestos de la Convención, concretamente no respetaba los derechos reconocidos para las personas detenidas en el art. 17 del instrumento¹⁰⁶³.

Afortunadamente, a partir de 2015 la familia o allegados de la persona detenida bajo la medida de incomunicación serán informadas de la detención y de su paradero. Como señala JUAN SÁNCHEZ, es un paso, simple pero fundamental, en la garantía del trato digno que ha de merecer toda persona privada de libertad por las autoridades del Estado¹⁰⁶⁴. Anteriormente en España se estaba produciendo una detención secreta, vulnerando las obligaciones contraídas por nuestro país al ratificar la Convención sobre las desapariciones forzadas. Ahora bien, como se ha apuntado más arriba, España sigue sin adecuar su legislación a la citada Convención, pues la libre designación de abogado, derecho reconocido en el art. 17.2 d) de la misma, sigue sin estar vigente para los incomunicados.

c) La exclusión del derecho de acceso del incomunicado o de su defensa a las actuaciones procesales

Con la reforma de 2015 se ha añadido al art. 527.1 d) la exclusión para la persona incomunicada o para su abogado del derecho de acceso a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención. Esta previsión implica la exclusión de lo previsto en el art. 118.1 b) LECrim “derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración” y en el art. 302.1 LECrim “las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento”. Esta novedad ha sido tachada por SÁNCHEZ GÓMEZ de

¹⁰⁶² Comité contra la Desaparición Forzada, Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del art. 29 de la Convención (España), CED/C/ESP/1, 28 de enero de 2013, pág. 39, párr. 200.

¹⁰⁶³ Comité contra la Desaparición Forzada, Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del art. 29 de la Convención, CED/C/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013, pág. 5, párr. 23-24.

¹⁰⁶⁴ JUAN SÁNCHEZ, *InDret*, N°4, 2017, pág. 25.

inconstitucional, por cuanto representa una total afectación al derecho de defensa del sujeto incomunicado mientras dure la incomunicación, situando su estatus jurídico como objeto de investigación y no como sujeto de derechos, y más aun habiéndose designado letrado de oficio¹⁰⁶⁵. Tampoco respeta la Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, de 11 de enero de 2006, que declara en su regla 23.6 que los detenidos podrán acceder a los documentos relativos a los procedimientos judiciales que les afecten, o bien estar autorizados a guardarlos ellos mismos.

Con esta previsión, lo que ha hecho el legislador es reforzar la idea de que el abogado en el momento de la detención no tiene más funciones que la de vigilar la legalidad de esta, imposibilitándole a acceder a las actuaciones y, *de facto*, impidiéndole realizar cualquier tipo de maniobra de defensa. No voy a repetir los argumentos ya expuestos sobre el verdadero papel del abogado y del derecho de defensa (arts. 17.3 y 24.2 CE) en el momento de la detención incomunicada, pero son plenamente extrapolables aquí.

Esta reforma, además, se contradice con lo sostenido por el Gobierno de España en sus respuestas al CPT de 2011. En dichas contestaciones al Consejo de Europa, España argumentó que el acceso por parte del abogado a todas las actuaciones practicadas hasta el momento en que se persona en las dependencias policiales le permite prestar una asistencia letrada real y efectiva, es decir, con conocimiento de causa, a fin de aconsejar al detenido lo que resulte más conveniente, sea prestar o no declaración, guardar silencio o ser examinado por un médico, esto es, le permite encauzar su intervención en las diligencias complementándolas o impugnando, en su caso, las que ya hayan sido practicadas¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁵ SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho de defensa*, 2017, pág. 139. También se muestran críticos con esta nueva previsión: JUAN SÁNCHEZ, *InDret*, N°4, 2017, pág. 17; ETXEBARRIA ESTANKONA, en: LANDA GOROSTIZA (Dir.)/GARRO CARRERA (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, 2019, pág. 287.

¹⁰⁶⁶ CPT, Respuesta del Gobierno Español al informe del CPT sobre la visita a España llevada a cabo del 19 de septiembre hasta el 1 de octubre de 2007, CPT/Inf (2011) 12, 25 de marzo de 2011, pág. 36.

4.1.2. Las vulneraciones de derechos fundamentales en el contexto de la incomunicación: las torturas y el derecho a no declarar

Además de los derechos afectados *ex lege* por la incomunicación, su utilización puede entrañar la vulneración de otros derechos, y, de hecho, así se ha demostrado. Las alegaciones de vulneración de derechos se centran, principalmente, en la transgresión de la prohibición de la tortura y las penas o los tratos inhumanos o degradantes (que incluyen, en el caso de mujeres, también conductas contra su libertad sexual) y en el derecho a no declarar contra uno mismo, aunque, sobre todo en el pasado, también se han dado casos de muertes o de desapariciones de personas en el contexto de las detenciones relacionadas con el terrorismo¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁷ En otro lugar de este trabajo he narrado el caso de “El Nani” (ver n.p. 960), pero existen más. Por ejemplo, puede citarse el conocido como “caso Almería”. El día 8 de mayo de 1981, tres jóvenes residentes en Santander, emprendieron un viaje a Andalucía para asistir a la comunión del hermano de uno de ellos. En la Comunidad de Madrid se les averió el coche, y se desplazaron en tren hasta otra localidad para alquilar un vehículo, que fue un Ford Fiesta de color verde. Se especula que el dueño de la empresa de alquiler se sintió extrañado por la prisa que tenían los jóvenes y llamó a la Guardia Civil ante la sospecha de que pudieran ser las personas que habían cometido un atentado en Madrid días antes y cuyos retratos robot aparecían en los medios (el 7 de mayo de 1981 ETA atentó en Madrid contra el teniente general del Ejército. Murieron tres personas y 21 resultaron heridas). El 9 de mayo, los tres jóvenes llegaron a su destino, y, al día siguiente, se desplazaron a Roquetas de Mar (Almería) para realizar otra visita familiar. En esa localidad fueron detenidos a punta de pistola por la Guardia Civil. Al día siguiente aparecieron sus cadáveres, calcinados y con múltiples impactos de bala, dentro del Ford Fiesta verde, cerca de Gérgal (Almería). La versión oficial de la Guardia Civil indicaba que los detenidos se trasladaban a Madrid dentro de su propio vehículo, conducido por un guardia y vigilados por otro en el asiento del copiloto. En algún punto del trayecto, los tres detenidos agredieron al conductor del vehículo, saltando del vehículo ambos guardias. El teniente coronel Carlos Castillo Quero, que circulaba detrás en otro coche, detuvo la caravana y ordenó disparar al Ford Fiesta, que cayó por un terraplén envuelto en llamas sin que ninguno de los once guardias civiles que escoltaban el traslado pudiese hacer nada para sofocarlas. El juicio por la muerte de los tres jóvenes se inició el 14 de junio de 1982 en la Audiencia Provincial de Almería. La sentencia declaró probado que el teniente coronel Castillo y sus subordinados torturaron hasta la muerte a los tres detenidos en un cuartel abandonado, y que posteriormente, y con el fin de intentar eliminar evidencias, despeñaron su vehículo por un terraplén, le dispararon numerosas veces y le prendieron fuego. El teniente coronel Castillo fue condenado a 24 años de prisión mayor como autor de tres delitos de homicidio. Otros dos guardias civiles fueron condenados por los mismos delitos a quince y doce años de prisión respectivamente, con la atenuante de obediencia debida.

Otro caso conocido es el de Joseba Arregui. Fue un miembro de ETA que murió a la edad de 29 años, el día 13 de febrero de 1981 en el Hospital Penitenciario de Carabanchel como consecuencia de las torturas que le habían infligido miembros de la Policía Nacional. Joseba Arregui fue detenido en Madrid el 4 de febrero de 1981, junto a otro sujeto, Isidro Etxabe. Fue trasladado a las dependencias de la Dirección General de Seguridad en Madrid donde, en aplicación de la legislación antiterrorista vigente en aquel momento (el art. 2 de la Ley 56/1978, de 4 de diciembre) estuvo detenido en régimen de incomunicación durante nueve días. En el interrogatorio participaron 72 agentes de la Policía Nacional y acabó con el ingreso del detenido en el Hospital Penitenciario de Carabanchel el día 12 de febrero, falleciendo al día siguiente. El 18 de febrero ETA emitió un comunicado en el que reconocía la pertenencia de Joseba Arregui a la organización. El informe forense de la autopsia se hizo público (acompañado de múltiples fotografías) y en él se certificaba la existencia de violencia física y la causa de la muerte: “un fallo respiratorio originado por proceso bronconeumónico con intenso edema pulmonar”. De los 72 policías que participaron en los interrogatorios, solo fueron imputados cinco de ellos. Finalmente, únicamente dos funcionarios de policía fueron juzgados. La sentencia absolvió a ambos, pues, siendo tal el número de interrogadores, no podía determinarse quién o quiénes de ellos habían causado las lesiones al detenido. La sentencia fue recurrida y

Algunas autoras sostienen que, en sí mismo, el régimen de incomunicación puede constituir una forma de trato cruel, inhumano o degradante, o incluso tortura¹⁰⁶⁸, o, al menos, provocador de ellos¹⁰⁶⁹.

el TS exigió a la Audiencia Provincial de Madrid un nuevo pronunciamiento en el que se expresaran con claridad los hechos. En septiembre de 1985 la Audiencia Provincial de Madrid volvió a absolver a los policías enjuiciados. En esta segunda sentencia se niega que Arregui sufriera malos tratos y que, en referencia a las heridas de los pies, que “no se tiene en absoluto certeza de que fueran quemaduras, ya que dentro de los zapatos llevaba unas balas”. Sanz Bayón, uno de los tres Magistrados, emitió un voto particular en contra de la sentencia afirmando que “las heridas en las plantas de los pies eran quemaduras y afirmó que los dos policías debían ser condenados por malos tratos”. La citada sentencia fue recurrida y en septiembre de 1989 el TS condenó a cuatro y tres meses de arresto, y tres y dos años de suspensión a los dos imputados. Afirma la sentencia que se incurrió en un error en la apreciación de las pruebas, pues existían documentos que acreditaban lo contrario de lo que el tribunal sentenciador hizo constar en su relato de hechos probados (ROJ: STS 4820/1989, de 25 de septiembre).

También puede citarse el caso de Mikel Zabalza. El 26 de noviembre de 1985, en el marco de una operación antiterrorista contra ETA, Mikel Zabalza, un conductor de autobús que no tenía ninguna vinculación con el terrorismo, fue detenido por la Guardia Civil y conducido al cuartel de Intxaurrond. Allí, según investigaciones periodísticas y declaraciones posteriores, murió debido a las torturas a las que fue sometido durante un interrogatorio. El operativo policial en el que Zabalza fue detenido se produjo en el seno de una operación antiterrorista después de que, días antes, ETA hubiera cometido un atentado contra dos militares y un agente de la Guardia Civil. En el operativo también fue detenida la pareja de Zabalza, Idoia Aierbe, su primo Manuel Vizcay y el estudiante Ion Arretxe, quienes denunciaron haber sufrido torturas durante los ocho días que estuvieron detenidos en el cuartel de Intxaurrond, aunque las denuncias no prosperaron judicialmente. Al mismo tiempo, en Orbaiceta, fueron detenidos dos hermanos de Zabalza, Patxi y Aitor, que, sin embargo, fueron puestos en libertad a las diez horas de su detención. A los pocos días, en vista de que todos los detenidos habían sido puestos en libertad excepto Mikel Zabalza, su madre se acercó al cuartel para preguntar sobre su situación, a lo que un agente que se encontraba en la entrada le respondió que “preguntase en objetos perdidos”. Según la versión oficial dada por las autoridades unos días después, Zabalza, estando detenido, intentó escapar saltando al río Bidasoa en el municipio de Lesaka, cuando acompañaba a la Guardia Civil a localizar un zulo de ETA, el cual nunca fue encontrado. El 15 de diciembre, veinte días después de su detención, su cadáver apareció en el cauce del Bidasoa, esposado, en el tramo donde según la versión policial había desaparecido. En ese lugar había sido buscado por voluntarios y por la Cruz Roja a diario, dando por terminada la búsqueda el día anterior a la aparición del cadáver. El delegado del Gobierno en Navarra, Luis Roldán, había llamado a la familia para notificarles que el cadáver de Mikel estaba “irreconocible” y que se encontraba en el Instituto Anatómico Forense de Pamplona. Pero su hermana recuerda que estaba “intacto” y que algunos forenses se sorprendieron de que no presentara erosiones ni mordeduras de peces si, como declaraba la versión oficial, el cadáver había permanecido tres semanas en el río. Según el diario *El Mundo*, algunos testigos afirmaron que el joven fue sometido a un intenso interrogatorio y que murió por culpa de las torturas infligidas con el “método de la bañera”, consistente en sumergir al detenido en una bañera llena de agua, dejándole sin respiración. Los testigos de las torturas eran Manuel Vizcay, primo de Zabalza y detenido con él, que narró cómo escuchaba, desde otra estancia del cuartel, los ruidos guturales de su primo; y Ion Arretxe, detenido en la misma redada, que contó cómo le llevaron a un río y le sumergieron la cabeza en el agua, ahogándole. En cuanto a su presunta vinculación con el terrorismo, motivo de su detención, tanto ETA como el Ministerio del Interior español, negaron su pertenencia o colaboración. Los guardias civiles responsables de la custodia, los tenientes Gonzalo Pérez García y Arturo Espejo Valero y el agente Fernando Castañeda Valls, fueron procesados en la primera fase de la investigación, sin embargo, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa archivó el caso por falta de pruebas en 1988. El caso se reabrió en 1996, terminando también sin resultados.

¹⁰⁶⁸ ETXEBARRIA ESTANKONA, en: LANDA GOROSTIZA (Dir.)/GARRO CARRERA (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, 2019, pág. 295. Esta idea también en: Amnistía Internacional, “Informe al Comité contra las desapariciones forzadas de las Naciones Unidas”, información complementaria 20ª sesión, 12 al 23 de abril de 2021, pág. 13, <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/05/EUR4136892021SPANISH.pdf> (último acceso 19/03/2023).

¹⁰⁶⁹ MAQUEDA ABREU, *ADPCP*, T. 39, Fasc/Mes 2, 1986, págs. 484-485.

El art. 15 CE reconoce dos derechos fundamentales, a la vida y a la integridad física y moral (aunque en otros instrumentos de derechos humanos se encuentran previstos de forma separada). Estos derechos tienen sus máximas manifestaciones en la abolición de la pena de muerte y en la prohibición de la tortura y las penas o los tratos inhumanos o degradantes, por lo que este precepto aglutina cruciales prolongaciones de la básica garantía constitucional de la dignidad humana (art. 10.1 CE)¹⁰⁷⁰.

En cuanto al derecho a la integridad física y moral, que es el que en este contexto más me interesa, el TC ha sentado que protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular¹⁰⁷¹. Ha establecido también en su ATC 333/1997, de 13 de octubre, que el constituyente quiso delimitar con mayor precisión el alcance del derecho, incorporando la exigencia de que “en ningún caso” nadie pueda ser sometido “a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”, revistiendo dicha prohibición un carácter absoluto. Por esta razón, la sola constatación de que ha sido transgredida revelará ya inmediata e inequívocamente la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral. Esta prohibición se recoge en términos prácticamente idénticos en distintos instrumentos internacionales: el art. 3 CEDH, el art. 4 CFUE, el art. 7 PIDCP, el art. 5 DUDH y el art. 2.2 de la Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984. Incluso, es una de las prohibiciones que se consideran parte del *ius cogens* o de las normas imperativas de Derecho internacional público¹⁰⁷².

De acuerdo con el art. 1.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, estos deben entenderse como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una

¹⁰⁷⁰ En palabras de la STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13, “la dignidad de la persona constituye una cualidad ínsita a la misma, que por tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el art. 15 CE; bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo”.

¹⁰⁷¹ STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8.

¹⁰⁷² Según el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de tratados de 1969: “(...) Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. Nuestro TC, siguiendo la doctrina del TEDH, señala que la distinción de las categorías “tortura” y “tratos inhumanos o degradantes” se basa principalmente en la diferente intensidad del sufrimiento causado¹⁰⁷³, y que deben entenderse como “nociones graduadas de una misma escala”¹⁰⁷⁴.

Pese a esta prohibición absoluta de la tortura, repetida de forma rotunda en numerosos instrumentos internacionales y constituciones nacionales, la realidad ha demostrado su conculcación continua en diferentes niveles. Y precisamente, algunos de los más graves escándalos sobre torturas, tanto en España como internacionalmente, se han dado en el contexto de la *lucha* contra el terrorismo.

Desde varias instituciones internacionales de derechos humanos (tanto del sistema de la ONU como del Consejo de Europa¹⁰⁷⁵), desde instituciones públicas nacionales¹⁰⁷⁶,

¹⁰⁷³ ATC 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5.

¹⁰⁷⁴ STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 9.

¹⁰⁷⁵ Entre otros: CAT, Examen sobre el cumplimiento de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, CAT/C/XXIX/Misc.3, de 19 de noviembre de 2002, párr. 10; Informe del Relator Especial de la ONU sobre la cuestión de la Tortura, E/CN.4/2004/56/Add.2, de 6 de febrero de 2004, párr. 27, 66 y ss.; Informe del Relator Especial, A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de diciembre de 2008, párr. 15, 23, 62-63; Informes del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa sobre su visita a España, CommDH(2005) 8, de 9 de noviembre 2005 y CommDH (2013) 18, de 9 de octubre de 2013; Observaciones finales del CAT, CAT/C/ESP/C0/5, de 9 de septiembre de 2009; los numerosos informes del CPT sobre España (<https://www.coe.int/en/web/cpt/spain>); y las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre España, CCPR/C/79/Add.61, de 3 de abril 1996 y CCPR/C/ESP/CO/6, de 14 de agosto de 2015; o la Observación General N°35 del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/GC/35, de 16 de diciembre de 2014, págs. 11-12, párr. 35. También lo reconoce el TEDH en su jurisprudencia: puede verse, por ejemplo, STEDH 47303/08, Caso Otamendi Egiuren contra España, de 16 de octubre de 2012.

¹⁰⁷⁶ Entre otros: Informes anuales del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura: https://www.defensordelpueblo.es/informes/resultados-busqueda-informes/?tipo_documento=informe_mnp (último acceso 19/03/2023); ETXEBERRÍA GABILONDO/MARTÍN BERISTAIN/PEGO OTERO, “Proyecto de investigación de la tortura y malos tratos en el País Vasco entre 1960-2014”, encargado por la Secretaría General de Derechos Humanos, Convivencia y Cooperación del Gobierno Vasco, de diciembre de 2017. El Informe constata que hubo 4113 casos de tortura entre 1960 y 2014 en el País Vasco. Incluso nuestro TC lo ha reconocido: “como demuestran experiencias ajenas y propias, un uso ilimitado y extensivo de la situación de incomunicación en las detenciones gubernativas puede poner en peligro derechos tales como los previstos en los arts. 15, 17 y 24.2 de la CE” (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 11).

desde la doctrina¹⁰⁷⁷, desde organizaciones no gubernamentales de derechos humanos¹⁰⁷⁸, e incluso, desde la jurisprudencia¹⁰⁷⁹, se han puesto de relieve los peligros que entrañan la prolongación de la detención y la incomunicación en tanto instrumentos posibilitadores de la práctica de la tortura, y se ha exhortado reiteradamente a España para que elimine definitivamente estas especialidades de su legislación.

Han sido numerosas las denuncias de torturas interpuestas por parte de personas detenidas bajo régimen de incomunicación¹⁰⁸⁰, dando lugar algunas de ellas a

¹⁰⁷⁷ Entre otros: BANDRÉS MOLET, en: PÉREZ MARINO (Coord.), *Justicia y delito*, 1981, págs. 47-48; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1999, pág. 30; ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, págs. 193-194; BOBILLO DE LA PEÑA, *REP*, N°48, 1985, págs. 59-60; MAQUEDA ABREU, *ADPCP*, T. 39, Fasc/Mes 2, 1986, págs. 484-485; SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, pág. 107; VERCHER NOGUERA, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (legislación y medidas)*, 1991, págs. 333-334; VILLEGAS DÍAZ, *Terrorismo: un problema de Estado*, Tesis inédita, 2001, pág. 273; CATALINA BENAVENTE, en: FARALDO CABANA/PUENTE ABA/SOUTO GARCÍA (Coord.), *Derecho penal de excepción*, 2007, págs. 179-180; GEPC, *Una alternativa*, 2008, pág. 62; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *TEORDER*, N°3, 2008, págs. 105 y ss.; OEHMICHEN, *Terrorism and anti-terror legislation*, 2009, págs. 202 y 227; LAMARCA ITURBE (Ararteko, Defensor del Pueblo del País Vasco), “Presentación”, en: ORBEGOZO OROÑOZ/PÉREZ MACHÍO/PEGO OTERO, *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo*, 2009, pág. 9; PETZSCHE, *Strafrecht und Terrorismusbekämpfung*, 2013, pág. 385; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *Excepcionalidad antiterrorista*, Tesis inédita, 2015, págs. 165, 171 y ss.; LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 202-206; JUAN SÁNCHEZ, *InDret*, N°4, 2017, pág. 6; ETXEBARRIA ESTANKONA, en: LANDA GOROSTIZA (Dir.)/GARRO CARRERA (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, 2019, págs. 276 y 295; ÁLVAREZ CONDE/TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, 10ª ed., 2021, pág. 595. SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho de defensa*, 2017, pág. 117, sin embargo, opina que no es posible admitir la relación que plantea, tanto la doctrina como las instituciones internacionales públicas y no públicas de derechos humanos, directa o indirecta, entre incomunicación y vulneraciones del art. 15 CE; y reprocha que, no obstante, la mayoría olvidan la cuestión fundamental que debiera ser objeto de debate: el derecho de defensa del sujeto detenido en régimen de incomunicación. En la línea anterior, BERNARDO SAN JOSÉ/DE PADURA BALLESTEROS, en: BACHMAIER WINTER (Coord.), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, 2012, págs. 143, manifiestan que la consideración de que la incomunicación, por sí misma, favorece los malos tratos o torturas, debe someterse al contraste con la realidad, y no asumirse como un axioma.

¹⁰⁷⁸ Amnistía Internacional, “Salir de las sombras. Es hora de poner fin a la detención en régimen de incomunicación”, 2009, págs. 1 y 3, <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/07/eur410012009spa.pdf>; Amnistía Internacional, “Informe al Comité contra las desapariciones forzadas de las Naciones Unidas”, información complementaria 20ª sesión, 12 al 23 de abril de 2021, pág. 13, <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/05/EUR4136892021SPANISH.pdf> (últimos accesos 19/03/2023).

¹⁰⁷⁹ SAN 27/2014, de 14 de mayo, FJ A, 1, 1.13: “La incomunicación genera una situación de especial riesgo para los derechos humanos básicos del detenido”.

¹⁰⁸⁰ A pesar de que el Gobierno español, por ejemplo, en una osada afirmación hecha al CAT, señaló que: “España, en dicho sentido, se puede considerar incluida dentro del nivel de cumplimiento habitual en el resto de los países desarrollados, siendo motivo de gran satisfacción el hecho de que en el país no tiene lugar la tortura o los malos tratos, salvo casos muy aislados” (CAT/C/55/Add.5, 18 de abril de 2001, pág. 4, párr. 10). Por ejemplo, el Relator Especial, en su Informe A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de diciembre de 2008, párr. 23, puso de manifiesto que había tenido conocimiento de que la mayoría de las denuncias de malos tratos físicos y psicológicos presentadas ante el juez de instrucción tras el período de detención policial de los detenidos por el atentado del 11 de marzo en Madrid, e incluso reiteradas ante el tribunal durante el juicio, fueron ignoradas. Le preocupaba además al Relator que, según las informaciones recibidas, la única denuncia por malos tratos durante la detención incomunicada que dio lugar a una investigación fue la presentada por un ciudadano español. El Relator Especial recuerda que todos los

pronunciamientos condenatorios a España por parte del CAT¹⁰⁸¹, del Comité de Derechos Humanos de la ONU¹⁰⁸², y, sobre todo, por parte del TEDH. Estas últimas sentencias han dictaminado la vulneración del art. 3 del CEDH, tanto en su vertiente material¹⁰⁸³ como en su vertiente procesal¹⁰⁸⁴, esto es, por no abordar los órganos judiciales españoles de forma eficaz las denuncias de torturas, que exigen de ellos un “canon reforzado” de investigación y motivación. La prohibición absoluta de la tortura, por su íntima conexión con la dignidad humana, las circunstancias ocultas o secretas en las que suele practicarse, así como la condición de agente de la autoridad o funcionario público del que las inflige, han hecho que el TEDH exija la puesta en marcha de un mecanismo jurídico de protección e investigación más fuerte que cuando se pretende el reconocimiento de la vulneración de cualquier otro derecho. Así, se requiere un “canon reforzado” que implica que las autoridades judiciales encargadas de conocer de estos delitos deben realizar todas aquellas diligencias de investigación o practicar todas las pruebas necesarias para intentar el esclarecimiento de los hechos. Si este mandato especial no se cumple, quedará vulnerado el art. 15 CE en relación con el 24 CE; y, si el que conoce fuera el TEDH, reconocería la vulneración del art. 3 CEDH en su dimensión procesal. Internamente, la STC 131/2012, de 18 de junio (FJ 2), entre otras¹⁰⁸⁵, ha reconocido que “el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige, según el canon reforzado de motivación, una resolución cuya motivación sea acorde con la prohibición absoluta de tales conductas. Tal concordancia ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial

Estados están obligados a investigar de manera independiente, imparcial y exhaustiva las denuncias de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y a aplicar estrictamente en las medidas antiterroristas el principio de no discriminación.

¹⁰⁸¹ En el contexto del terrorismo y la incomunicación: CAT, Encarnación Blanco Abad contra España, CAT/C/20/D/59/1996, de 19 de junio de 1998; CAT, Orkatz Gallastegi Sodupe contra España, CAT/C/48/D/453/2011, de 29 de junio de 2012.

¹⁰⁸² Comité de Derechos Humanos, “Dictamen aprobado por el Comité a tenor del art. 5, párr. 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación N°2657/2015”, CCPR/C/125/D/2657/2015, de 8 de agosto de 2019.

¹⁰⁸³ STEDH 1653/13, Caso Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal contra España, de 13 de febrero de 2018.

¹⁰⁸⁴ STEDH 2507/07, Caso San Argimiro Isasa contra España, 28 de septiembre de 2010; STEDH 40351/05, Caso Beristain Ukar contra España, de 8 de marzo de 2011; STEDH 47303/08, Caso Otamendi Egiguren contra España, de 16 de octubre de 2012; STEDH 74016/12, Caso Etxebarria Caballero contra España, de 7 de octubre de 2014; STEDH 3344/13, Caso Ataun Rojo contra España, de 7 de octubre de 2014; STEDH 58488/13, Arratibel Garciandia contra España, de 5 de mayo de 2015; STEDH 36286/14, Caso Beortegui Martínez contra España, de 31 de mayo de 2016; STEDH 20690/17, Caso González Etayo contra España, de 19 de enero de 2021.

¹⁰⁸⁵ Por ejemplo, STC 224/2007, de 22 de octubre.

dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Cabe señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial. Por ello, la tutela judicial será así suficiente y efectiva *ex art. 24.1 CE* si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria. (...). Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles. Pero sí se vulnerará el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito siempre que no se abra o que se clausure la instrucción ‘cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas’, ya que ‘respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos”’.

Cabe señalar en este momento que desde diferentes frentes se han intentado introducir algunas salvaguardas para los derechos fundamentales de los incomunicados:

Así, por ejemplo, puede citarse el “Protocolo para la coordinación de la asistencia a personas detenidas en régimen de incomunicación” de 2003, impulsado por el Departamento del Interior del Gobierno Vasco¹⁰⁸⁶. Se trata de un Protocolo que contiene ciertas garantías adicionales al incomunicado, a aplicar por la Ertzaintza. El Protocolo coordina las actividades de la Ertzaintza, el Servicio de Salud Vasco y el Instituto Médico Forense Vasco en relación con los detenidos. Entre las garantías adicionales citadas, figuran unos exámenes médicos más exhaustivos de la condición de los detenidos, con análisis de sangre y de orina si el detenido los pide. El Protocolo incluye también los servicios que se prestarán a las familias de los detenidos en régimen de incomunicación, como una línea telefónica para facilitar información a las familias.

¹⁰⁸⁶ Consulta:

https://www.justizia.eus/contenidos/documentacion/jus_doc_conoce_0067/es_def/adjuntos/documentos-122-protocolo-coordinacion.pdf (último acceso 19/03/2023).

Por otro lado, en diciembre de 2006, el entonces titular del JCI N°5 de la AN, Baltasar Garzón, incorporó a las investigaciones sobre delitos de terrorismo un procedimiento para reforzar las garantías de los detenidos en régimen de incomunicación. Este Protocolo, conocido popularmente como Protocolo Garzón, incluía: a. La grabación en vídeo de la persona detenida durante todo el tiempo de permanencia en dependencias policiales, quedando la grabación a disposición del juzgado; b. La posibilidad de ser reconocido cada ocho horas y siempre que fuere necesario, por un médico personal, acompañado del médico forense de turno del servicio de la AN; c. La obligación de los funcionarios policiales de notificar a la familia de la persona detenida su detención y su paradero; y d. La obligación de los funcionarios policiales de informar al juzgado de cualquier incidencia que se produzca durante la detención y sobre la situación de los detenidos, cada doce horas y siempre que fuere necesario. Todo ello sin perjuicio de que el Juez pueda constituirse en el lugar de detención para conocer la situación de los detenidos, en cualquier momento¹⁰⁸⁷.

Y la LECrim, por su parte, ha introducido en las sucesivas reformas alguna salvaguarda con respecto a la integridad física del detenido y preso incomunicado. Así, en 2003 introdujo la previsión del art. 510.4, que otorga al preso sometido a incomunicación que así lo solicite el derecho a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el juez o tribunal competente para conocer de los hechos. Y en 2015, el legislador dispuso que los reconocimientos médicos al detenido, a quien se le restrinja el derecho a comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, se realizarán con una frecuencia de al menos dos reconocimientos cada veinticuatro horas, según criterio facultativo (art. 527.3 LECrim).

Y, para terminar, una referencia al derecho a no declarar contra sí mismo, que tiene mucha conexión con la práctica de torturas y malos tratos, pero también con la simple prolongación de la detención y la incomunicación, como situación de vulnerabilidad para el detenido¹⁰⁸⁸. El art. 17.3 consagra como garantía del detenido la

¹⁰⁸⁷ Más información en: Fundación Internacional Baltasar Garzón, “Examen del informe de España presentado en virtud del art. 29 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, 2013, págs. 10-11, puede consultarse en: <https://aricomemoriaaragonesa.files.wordpress.com/2009/03/fibgar-y-la-creacic3b3n-de-una-comisic3b3n-de-la-verdad.pdf> (último acceso 19/03/2023). También en: BERNARDO SAN JOSÉ/DE PADURA BALLESTEROS, en: BACHMAIER WINTER (Coord.), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, 2012, págs. 132-141. Estas cautelas también se reconocen en la SAN 30/2011, de 26 de mayo, FJ 1.

¹⁰⁸⁸ Esta conexión se ha puesto de manifiesto por mucha doctrina, así: BANDRÉS MOLET, en: PÉREZ MARINO (Coord.), *Justicia y delito*, 1981, pág. 47; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed.,

prohibición de ser obligado a declarar. En conexión con el art. 24.2 CE, implica también el derecho a no declarar contra uno mismo ni a declararse culpable. Así, la persona detenida podrá guardar silencio, declarar parcialmente, o manifestar que solo declarará ante la autoridad judicial. De acuerdo con la jurisprudencia del TC, el contenido de la confesión “es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad” y de ningún modo puede responder a “un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación” (STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4). Así lo reconoce también la LECrim, que dispone que las preguntas que se hagan al detenido deberán ser directas y de ningún modo capciosas o sugestivas, y que no se podrá emplear género alguno de coacción o amenaza (art. 389). Además, cuando el examen del procesado se prolongue mucho tiempo o el número de preguntas que se le hayan hecho sea tan considerable que hubiese perdido la serenidad de juicio necesaria para continuar, se suspenderá el examen, concediendo al procesado el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma (art. 393 LECrim). Pero, como bien señala la SAN 30/2011, de 26 de mayo, la previsión de la ley es de mínimos, y la jurisdicción que acuerda la incomunicación ha de adoptar todas las cautelas a su alcance para asegurarse el respeto a la dignidad de la persona y a su derecho a no confesarse culpable y a no declarar¹⁰⁸⁹.

Al hilo de lo anterior, son dignas de mención algunas SSAN, más recientes, sobre estos extremos. Por ejemplo, la SAN 26/2014, de 14 de mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Sáez Valcárcel, que absolvió a 36 acusados por delitos de terrorismo, y rechazó las declaraciones realizadas por los detenidos durante su detención bajo régimen de incomunicación, al entender que “durante el periodo de la detención incomunicada el inculpado se encuentra en un estatuto inferior de garantías respecto al estándar ordinario de la privación cautelar de libertad (...)” y que “las diligencias policiales, cuando el declarante se encuentra detenido e incomunicado, se llevan a cabo en un espacio de constricción, en un contexto inquisitivo y secreto donde no pueden realizarse las garantías del proceso, una práctica contraria a sus principios sustanciales (contradicción, imparcialidad, derecho de defensa y publicidad)”. En este mismo sentido se pronuncia la SAN 27/2014, de 14 de mayo, del mismo ponente, que absolvió a los acusados, teniendo

1999, pág. 30; ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, pág. 193, que indica que este régimen facilita una especie de interrogatorio permanente, a pesar de la hipotética voluntad del detenido a no declarar; GEPC, *Una alternativa*, 2008, pág. 62; LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 203. También por la jurisprudencia: *ad exemplum*, STC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3; SAN 30/2011, de 26 de mayo, FJ 1.

¹⁰⁸⁹ SAN 30/2011, de 26 de mayo, FJ 1, ponente: Magistrada Fernández Prado.

las declaraciones en régimen de incomunicación en sede policial por no hechas, en tanto que en las posteriores comparecencias en sede judicial se retractaron de las mismas y declararon haberlas realizado bajo torturas y presión de la policía.

Estas vulneraciones de derechos fundamentales, junto con las condenas de las instituciones del sistema de la ONU y del TEDH a España arriba mencionadas, restan de manera muy considerable legitimidad a la legislación y a la actuación antiterrorista española. Aunque las modificaciones del régimen de incomunicación antes expuestas podrían indicar una mejora en las condiciones de la incomunicación, el legislador español se resiste a abolir esta figura (que cabe aplicar incluso a menores), haciendo caso omiso de las recomendaciones que desde la doctrina y desde instituciones internacionales se han realizado repetidamente a España. Ya decía MESTRE DELGADO hace muchos años que la reiteración de estas denuncias está suponiendo un evidente desgaste institucional de los poderes públicos, que no guarda proporcionalidad con las aportaciones que, excepcionalmente, puede facilitar en muy contados casos la utilización de estas medidas¹⁰⁹⁰.

El CPT ha tomado nota de los desarrollos normativos de 2015 que han limitado el ámbito de aplicación de la incomunicación y que han permitido que las limitaciones puedan imponerse de forma individualizada, y advierte como positivo que el número de decisiones judiciales para aplicar la detención incomunicada haya disminuido en los últimos años y que no se haya ordenado ese régimen de detención ni en 2015 ni en 2016. No obstante, el CPT enfatiza que el régimen de detención incomunicada hace que las salvaguardias fundamentales sigan estando limitadas de manera importante, y por ello considera que la posibilidad de imponer este régimen es algo que debería eliminarse por completo de la legislación española¹⁰⁹¹.

Precisamente, la baja aplicación del régimen en la actualidad sirve de argumento para alguna doctrina para defender su mantenimiento en el ordenamiento y para restar importancia a sus consecuencias¹⁰⁹². En mi opinión, este tipo de argumentaciones caen

¹⁰⁹⁰ MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, pág. 145.

¹⁰⁹¹ CPT, Informe para el gobierno español sobre la visita llevada a cabo en España, CPT/INF (2017) 34, de 16 de noviembre de 2017, pág. 6.

¹⁰⁹² GARCÍA VALDÉS, *La ley penal*, N°74, 2010, pág. 75; BERNARDO SAN JOSÉ/DE PADURA BALLESTEROS, en: BACHMAIER WINTER (Coord.), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, 2012, pág. 144. LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, págs. 204, por su parte, señala que *de facto* la incomunicación nunca se aplica en su máximo temporal, y, por ello, propone de *lege ferenda* un plazo máximo de seis días, pero no su expulsión del ordenamiento.

en una contradicción, pues si una institución jurídica no se utiliza, el destino natural que le corresponde es su expulsión del ordenamiento jurídico¹⁰⁹³.

4.2. El art. 18.2 de la Constitución y la inviolabilidad del domicilio

Otro de los derechos fundamentales que podrá ser suspendido de acuerdo con el art. 55.2 CE es la inviolabilidad del domicilio. De acuerdo con el art. 18.2 del texto constitucional, el domicilio es inviolable, y no podrá realizarse ninguna entrada o registro en él sin consentimiento del titular o por resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

Según el TC, la inviolabilidad del domicilio es un derecho relativo y limitado en cuanto que la propia CE autoriza su restricción en supuestos contemplados por la ley, aunque exige, en principio, una decisión judicial al respecto, salvo en los casos de flagrancia delictiva. Consiste sustancialmente en un derecho a que, contra la voluntad del titular y, salvo delito flagrante, no haya penetración en el propio domicilio, sin una autorización judicial, cuya concesión y realización se somete además en la LECrim a la existencia de determinados requisitos¹⁰⁹⁴.

De acuerdo con el art. 553 LECrim, los agentes de policía podrán proceder *de propia autoridad* a la inmediata detención de las personas en *casos de excepcional o urgente necesidad*, cuando se trate de presuntos responsables de delitos de terrorismo (en conexión con el art. 384 bis LECrim)¹⁰⁹⁵, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquella, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido. De este registro deberá darse cuenta inmediata al órgano judicial competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos, y, especialmente, las detenciones que se hubieran practicado.

¹⁰⁹³ Esta misma idea defiende Amnistía Internacional, “Informe al Comité contra las desapariciones forzadas de las Naciones Unidas”, 12 al 23 de abril de 2021, pág. 14, <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/05/EUR4136892021SPANISH.pdf> (último acceso 19/03/2023): “hasta donde le consta a Amnistía Internacional, el régimen de incomunicación a detenidos acusados del delito de terrorismo apenas es utilizado, con lo que su mantenimiento en la legislación penal española no está justificado, ni siquiera por la supuesta eficacia policial”.

¹⁰⁹⁴ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 9.

¹⁰⁹⁵ También, en virtud del mismo precepto, cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, o cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa.

El problema que se plantea es el siguiente. El art. 18.2, como he señalado, reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio salvo en caso de flagrante delito o de existencia de una resolución judicial. El art. 55.2, permite la suspensión de este derecho, pero, a su vez, exige una intervención judicial como una de sus garantías, por lo que parecería que esta suspensión queda vacía de contenido en tanto que el art. 18.2 ya impone como límite la existencia de una resolución judicial.

El TC se pronunció sobre esta suspensión en su STC 199/1987, de 16 de diciembre. Se había impugnado por parte de los recurrentes el precepto que desarrollaba la suspensión del art. 18.2 en conexión con el art. 55.2 CE en la legislación anterior, el art. 16 de la LO 9/1984. El TC reconoció que con ella se planteaba el intrincado problema de tratar de hacer compatible la efectividad de la suspensión de este derecho, consistente en la exigencia de una resolución judicial que autorice la entrada y registro, no consentidos, de un domicilio, con la intervención judicial a la que también alude el art. 55.2 CE como garantía específica de la suspensión. El art. 55.2 solo habilita al legislador a modular la intervención judicial en la entrada y registro de domicilio, pero no a suprimirla de raíz, por lo que el legislador ha de poner en concordancia la efectividad de la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la necesaria intervención judicial, es decir, ha de asegurar una suficiente intervención judicial, en lo posible previa, que sea compatible con la suspensión de ese derecho. El art. 16 de la LO 9/1984 permitía la entrada en un domicilio, sin previa autorización judicial, para efectuar una inmediata detención, y, con ocasión de ella, proceder al registro y ocupación de los instrumentos y efectos relacionados con las actividades terroristas (en similares términos al actual art. 553 LECrim), suponiendo que el efecto de la suspensión del derecho consiste en prescindir del requisito legal general del mandamiento de prisión para hacer posible la entrada en el domicilio sin previa autorización judicial para proceder a una detención inmediata. Esta razón de inmediatez indica que la ley ha querido limitar esta posibilidad a supuestos excepcionales en los que en función de la “inmediata detención” (art. 16) se hace absolutamente imprescindible la adopción directa de la medida, y en los que el mínimo de retraso que supondría la intervención judicial haría inviable el éxito de la detención y registro. Así, declara el TC que solo *de forma excepcional, en supuestos absolutamente imprescindibles* y en los que las *circunstancias del caso no permitan la oportuna adopción previa de medidas por la autoridad judicial*, por tener que procederse a la inmediata detención de un presunto terrorista, es cuando podrá operar la excepción a

la necesidad de previa autorización o mandato judicial¹⁰⁹⁶. A juicio del TC, la norma había ponderado adecuadamente la efectividad de la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la suficiente intervención judicial, por lo que declaró el precepto conforme a la CE.

Los requisitos enunciados por el TC que he marcado en cursiva, necesarios para permitir la suspensión del art. 18.2 en conexión con el art. 55.2 CE, no han sido, sin embargo, plasmados con tantas cautelas en nuestra legislación vigente.

La definición de la excepcional o urgente necesidad se encuentra en manos de la propia autoridad de los agentes, definición que, obviamente, no puede enmarcarse en el flagrante delito ni en el caso de persecución policial y ocultamiento en casa. Sin embargo, me cuesta imaginar cuáles pueden ser las situaciones de excepcional o urgente necesidad que no sean situaciones de flagrante delito o de persecución y ocultamiento, por lo que quizás podría esperarse a una resolución judicial¹⁰⁹⁷ (y más en los tiempos actuales, que se conceden con celeridad¹⁰⁹⁸).

Como ya se ha apuntado más arriba, del registro efectuado por la policía deberá informarse inmediatamente al órgano judicial, haciendo constar las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos, las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos, y, especialmente, las detenciones que se hubieran practicado.

El Parlamento de Cataluña, en su recurso a la LO 9/1984, impugnó también el art. 16.2, que preveía la comunicación gubernativa inmediata al juez en los mismos términos que la legislación actual, por entender que limitaba la intervención judicial al mero conocimiento, y que ello suponía una “actitud meramente receptiva y pasiva sin posibilidad de actuación positiva”. A esto respondió el TC que, si bien es cierto que la mera información gubernativa al juez no puede asimilarse a una intervención judicial, del precepto no se deduce limitación alguna de las facultades judiciales al respecto, sino una obligación de la autoridad gubernativa de puesta en conocimiento, conservando siempre el juez todas las facultades que el ordenamiento le reconoce para adoptar las medidas y decisiones que estime pertinentes al respecto. Y, desde luego, en relación con los casos

¹⁰⁹⁶ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 9.

¹⁰⁹⁷ Esta reflexión ya la hacía: LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, págs. 419-420.

¹⁰⁹⁸ ZARAGOZA AGUADO, en: JUANATEY DORADO (Dir.)/FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA (Coord.), *El nuevo panorama del terrorismo en España*, 2013, págs. 107.

excepcionales de detención inmediata, le corresponderá verificar si las circunstancias del caso han justificado la penetración en el domicilio sin la previa autorización judicial¹⁰⁹⁹.

Sin embargo, como bien advierte SÁNCHEZ GÓMEZ, dada la discrecionalidad que se viene concediendo a la autoridad gubernativa para decidir cuándo nos encontramos ante situaciones de excepcional y urgente necesidad, la mera comunicación al órgano judicial donde se justifique la práctica del registro devendría insuficiente para responder a las demandas que el principio de proporcionalidad y la obligada motivación de las medidas limitativas de derechos fundamentales conllevan. En su opinión, la exigencia de justificación debería predicarse respecto de todo aquel *itinere* que ha conducido a la práctica de la diligencia y más aún, respecto de aquellos motivos de excepcional y urgente necesidad¹¹⁰⁰.

Por otro lado, aunque la excepcional o urgente necesidad desplace la intervención judicial, no es un elemento suficiente para descartar la concurrencia del resto de garantías del derecho a la inviolabilidad del domicilio, como por ejemplo la exigencia de una orden formal y escrita donde figuren los datos de la persona y el domicilio a registrar, o la presencia de testigos en el registro¹¹⁰¹ (ver, arts. 558, 566, 569, 572 LECrim, o art. 17 de la LOEAES, que fija esas garantías para la suspensión del art. 18.2 en conexión con el art. 55.2 CE). El principio *favor libertatis* y la necesidad de interpretar restrictivamente las normas penales y las limitadoras de derechos, deben llevar a interpretar que este precepto únicamente altera el sistema de competencias establecido en la LECrim, de modo que la policía puede realizar las mismas actuaciones que en el régimen ordinario y no actuaciones diferentes, aunque obviamente puede hacerlo de propia autoridad y no mediante un auto motivado del órgano judicial¹¹⁰².

Para concluir, cabe preguntarse si en los momentos actuales es necesaria la vigencia de esta suspensión. Ya he adelantado que, dado el estado de la tecnología actual, es posible obtener un auto del órgano judicial en poco tiempo, siendo difícil de concretar, a mi juicio, aquellos supuestos que no constituyan casos de flagrancia delictiva o de

¹⁰⁹⁹ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 9.

¹¹⁰⁰ SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho de defensa*, 2017, pág. 182.

¹¹⁰¹ TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, 1988, pág. 117; LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 207; SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho de defensa*, 2017, pág. 182; ROCA FERNÁNDEZ, en: GODOY, *Libertad y seguridad en un contexto global*, 2020, pág. 130.

¹¹⁰² LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, pág. 417. Le sigue: TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, 1988, pág. 117.

persecución y ocultamiento en casa, pero sí constituyan supuestos de excepcional o urgente necesidad. Como apunta SÁNCHEZ GÓMEZ, quizás en el momento de su promulgación y posterior aplicación práctica pudo tener una justificación más o menos adecuada, dada la situación convulsa que se experimentaba en España en aquellos años. Tanto las acciones terroristas como las investigaciones actuales son muy diferentes de aquella realidad. El paradigma de investigación criminal ha cambiado de forma significativa (las agencias policiales y de inteligencia se han tecnificado y especializado criminológicamente y la cooperación policial y judicial internacional se ha intensificado), y la pretendida pérdida de eficacia en la investigación criminal no puede continuar siendo, eternamente, la causa que justifique la subsistencia de un régimen de excepcionalidad, cuando los motivos que fundamentaron su configuración han decaído notablemente¹¹⁰³.

4.3. El art. 18.3 de la Constitución y el secreto de las comunicaciones

En tercer lugar, podrá ser suspendido, en virtud del art. 55.2 CE, el derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 CE: “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”¹¹⁰⁴. El art. 18.3 CE menciona expresamente las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, pero, por supuesto, se trata de una lista abierta que incluirá las nuevas formas existentes de comunicación que ofrezca la tecnología.

¹¹⁰³ SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho de defensa*, 2017, pág. 181.

¹¹⁰⁴ El derecho se encuentra reconocido a nivel internacional en el art. 12 DUDH; el art. 17 PIDCP; el art. 8 CEDH; y el art. 7 CDFUE.

El desarrollo que de este precepto constitucional se había realizado en la LECrim fue muy criticado por la doctrina¹¹⁰⁵ y por la jurisprudencia del TC¹¹⁰⁶ y del TEDH¹¹⁰⁷, en el sentido de que la legislación era tan escueta que no preveía apenas supuestos, lo que producía continuas vulneraciones del derecho reconocido en el art. 18.3 CE. Así lo reconoce también el legislador en el Preámbulo de la LO 13/2015¹¹⁰⁸, legislación que intenta llenar un vacío legal que venía denunciándose desde hacía décadas, cuyas consecuencias se hacían cada vez más acuciantes conforme avanzaba la tecnología. Así pues, la LO 13/2015 ha supuesto, en el ámbito de la intervención de las comunicaciones, una genuina y necesaria modernización de la legislación, previendo un elevado número de supuestos relacionados con las nuevas tecnologías¹¹⁰⁹. Esta reforma prevé, entre sus muchas disposiciones, varias especialidades en materia de terrorismo, si bien en este epígrafe solo voy a ocuparme de aquellas que suponen una suspensión del art. 18.3 CE,

¹¹⁰⁵ CUERDA ARNAU, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, págs. 516 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pág. 555.

¹¹⁰⁶ STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4: “estamos en presencia de una vulneración del art. 18.3 CE autónoma e independiente de cualquier otra: la insuficiencia de la ley, que solo el legislador puede remediar y que constituye, por sí sola, una vulneración del derecho fundamental”; o la STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ: “[art. 579 LECrim] resulta la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas. Por ello, hemos de convenir en que el art. 579 LECrim no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental (...)”.

¹¹⁰⁷ STEDH 27671/95, Caso Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio de 1998; STEDH 12218/09, Caso Prado Bugallo contra España, de 18 de octubre de 2011.

¹¹⁰⁸ “Por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado”.

¹¹⁰⁹ Ha introducido, en el Título VIII. De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE, los siguientes Capítulos: Capítulo IV. Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos, arts. 588 bis a-k; Capítulo V, La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, arts. 588 ter a-m; Capítulo VI. Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, arts. 588 quater a-e; Capítulo VII. Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización, arts. 588 quinquies a-c; Capítulo VIII. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, arts. 588 sexies a-c; Capítulo IX. Registros remotos sobre equipos informáticos, arts. 588 septies a-c; Capítulo X. Medidas de aseguramiento, arts. 588 octies. Sobre esta reforma, puede verse: CUERDA ARNAU, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, págs. 509-542.

es decir, aquellas que entrañan una intervención en las comunicaciones sin autorización judicial previa.

El desarrollo actual de la suspensión del art. 18.3 CE que habilita el art. 55.2 CE¹¹¹⁰ se encuentra en los arts. 579.3 y 588 ter d) 3 de la LECrim (modificado el primero e introducido el segundo en 2015). La legislación en su anterior redacción, la introducida por la LO 4/1988, fue criticada por la doctrina¹¹¹¹, e, incluso, por la jurisprudencia del TS¹¹¹². Cabe reconocer que la reforma de 2015 en este punto simplifica los preceptos y hace su redacción más adecuada.

En su redacción actual, el apartado 1º del art. 579 dispone que, en una investigación llevada a cabo por delitos de terrorismo¹¹¹³, el juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa. Además, el juez podrá acordar, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses (la redacción anterior no establecía plazo máximo ninguno), la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos (art. 579.2 LECrim). Y el apartado 3º del precepto procesal es el que contempla, para las investigaciones sobre delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, *en caso de urgencia* y cuando existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores, la posibilidad de que esta medida la ordene el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. La ordenación de esta medida deberá comunicarse inmediatamente al juez

¹¹¹⁰ Cabe traer aquí a colación la previsión del art. 10 de la *Grundgesetz*, que se ocupa del secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones, que también prevé una excepción a la intervención judicial: “(2) Las restricciones sólo podrán ser ordenadas en virtud de una ley. Si la restricción está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un *Land*, la ley podrá disponer que no se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea reemplazado por el control de órganos y de órganos auxiliares designados por los representantes del pueblo”.

¹¹¹¹ TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, 1988, págs. 199 y ss.; LAMARCA PÉREZ, *ADPCP*, T. 42, Fasc/Mes 3, 1989, pág. 985; MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., 2021, pág. 303.

¹¹¹² ROJ: ATS 3773/1992, de 18 de junio, FJ 2: “La excesiva indeterminación y amplitud de la normativa acabada de citar han sido puestas de relieve con autoridad y argumentos muy poderosos por una parte importante de la doctrina científica. También ha sido destacada su tardía regulación, puesto que la CE había entrado en vigor casi diez años antes de la reforma del art. 579 LECrim, señalándose igualmente graves defectos en el contenido”.

¹¹¹³ Y por “delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión” y “delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal”.

competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron su adopción, la actuación realizada, la forma en que fue efectuada y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.

A partir de 2015, se ha previsto otro supuesto para la intervención gubernativa en las comunicaciones, en los mismos términos que la descrita anteriormente, pero esta vez, en el art. 588 ter d) 3 LECrim y para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (por supuesto, las comunicaciones telefónicas también se preveían antes de 2015, pero estaban recogidas en el anterior art. 579.2 LECrim)¹¹¹⁴.

¹¹¹⁴ Junto con los dos preceptos que desarrollan el art. 55.2 CE respecto de la suspensión del art. 18.3 CE, cabe mencionar otros dos supuestos. Esta vez, genéricos, que no hacen referencia a delito específico alguno (lo que, por supuesto, incluye las investigaciones relativas a delitos de terrorismo), pero permiten la elusión de la autorización judicial previa, fundándola en razones de urgencia, para la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización (art. 588 quinquies b) 4 LECrim) o para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo (art. 588 sexies c) LECrim). El art. 588 quinquies b) LECrim permite la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, exigiendo para ello una autorización judicial. No obstante, cuando concurren razones de urgencia que hagan razonablemente temer que, de no colocarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización, se frustrará la investigación, el apartado 4 del precepto permite a la policía judicial su colocación, dando cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la autoridad judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar inmediatamente su cese en el mismo plazo (y en cuyo caso, la información obtenida carecerá de efectos en el proceso). Por otro lado, el art. 588 sexies c) LECrim prevé la intervención de dispositivos de almacenamiento masivo de información. La autoridad judicial fijará los términos y el alcance del registro y podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos. Si bien este precepto, como el anterior, dispone la excepción a la autorización judicial por razones de urgencia. El apartado 3 del precepto dispone la posibilidad de que quienes lleven a cabo el registro o tengan acceso al sistema de información o a una parte del mismo amplíen el registro, siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para este y tengan razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte de él. Esta ampliación del registro deberá ser autorizada por el juez, salvo que ya lo hubiera sido en la autorización inicial. Ahora bien, en caso de urgencia, se permite llevar a cabo esta ampliación de registro a la policía judicial o al fiscal, informando al juez inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, motivadamente, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación. Por su parte, el apartado 4 del art. 588 sexies c) LECrim, contempla además que, en los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la intervención de dispositivos de almacenamiento masivo de información, la policía judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.

Estos dos últimos supuestos, que por razones de urgencia permiten la elusión de la autorización judicial previa, se contemplan con carácter general y no en los supuestos de terrorismo como solamente habilita el art. 55.2 CE. El segundo de los supuestos, al tratarse de registros de dispositivos de almacenamiento de datos, afecta a los derechos a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Estos derechos fundamentales, como ya se ha expuesto, únicamente permiten su limitación en caso de resolución judicial (y, la inviolabilidad del domicilio, también

Cabe señalar que la legislación procesal que desarrolla la suspensión prevista en el art. 55.2 CE contempla la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588 ter d) 3 LECrim) y de la correspondencia privada (art. 579 LECrim), no así de las conversaciones orales presenciales, pues su captación y grabación requieren siempre autorización judicial previa (arts. 588 quater a)-e) LECrim).

El TC tuvo ocasión de interpretar la suspensión del art. 18.3 en conexión con el art. 55.2 CE en su STC 199/1987, de 16 de diciembre. El Tribunal se pronunció sobre el precepto vigente en la legislación anterior, el art. 17 de la LO 9/1984, aunque este es muy similar a nuestro actual art. 579.3 LECrim. El art. 17.1 había previsto, como regla general, una autorización judicial previa para la observación de las comunicaciones, si bien su apartado 2º disponía la posibilidad de acordar la intervención *en caso de urgencia* para las investigaciones sobre la actuación de bandas armadas, rebeldes [la legislación actual no prevé a los rebeldes] o elementos terroristas, por el Ministro del Interior o, en su defecto, por el Director de la Seguridad del Estado, “comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”.

Los Parlamentos vasco y catalán impugnaron dicho apartado 2º, por entender que la supresión de la previa resolución judicial incluso en los casos de urgencia era inconstitucional. Por su parte, la Abogacía del Estado defendía que la medida se correspondía con una situación legal de suspensión de derechos fundamentales, en los que la intervención previa del juez implicaría el vaciamiento de significado del art. 55.2 CE, de ahí que la intervención judicial se produjera solo *a posteriori*. Sin embargo, el TC matizó ese último argumento, apuntando que “del art. 55.2 CE no puede deducirse la posibilidad de una inicial competencia gubernativa para decidir sobre la observación o interceptación de las comunicaciones: el mismo no autoriza a la ley a suprimir de forma general y para todos los casos en aras de una mayor efectividad de la suspensión del derecho, la previa intervención judicial. Una adecuada ponderación de las finalidades perseguidas, suspensión singular del derecho al secreto de las comunicaciones e

en casos de flagrancia delictiva o consentimiento del titular), por lo que la posibilidad general de eludir la autorización judicial (aunque sea por razones de urgencia) carece de amparo constitucional. Estas previsiones suponen la legalización de situaciones excepcionales, que, a mayor abundamiento, no se prevén en la CE. Se trata de una muestra más de cómo las medidas excepcionales, previstas en un primer momento para situaciones delictivas o fácticas determinadas, van permeando el resto del ordenamiento.

intervención judicial ha de llevar también a un proceso de concordancia entre ellas que consiga el objetivo constitucional de la suspensión del derecho, garantizando al mismo tiempo el máximo posible de intervención judicial. Debe tenerse en cuenta, además, que el derecho al secreto de comunicaciones es un derecho relativo, un derecho a que no haya intervención de estas sin resolución judicial que la autorice. Por ello, la suspensión de este derecho ha de afectar de algún modo a esa exigencia de resolución judicial, que es contenido típico del derecho. De ahí la necesaria conexión entre la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones y la reducción de la intervención judicial al respecto. Aunque la ley no podría establecer de forma general una plena libertad de acción policial al respecto, sin previa intervención judicial, sí que está habilitada por el art. 55.2 CE y como régimen excepcional del derecho, para eliminar el carácter previo de la intervención judicial, en supuestos en los que las circunstancias del caso no permitiesen la oportuna adopción previa de una resolución judicial, sin perjuicio de la ratificación posterior de la medida por la autoridad judicial”. El art. 17 de la LO 9/1984 ha partido del principio general, también en las investigaciones sobre la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, de atribución a la autoridad judicial de la intervención en el secreto de las comunicaciones, y solo en determinados supuestos, cualificados por la urgencia y durante un tiempo limitado, el art. 17.2 permite la observación de las comunicaciones por una resolución gubernativa. En cuanto que afecta a la limitación de un derecho fundamental, las razones de urgencia han de ser interpretadas restrictivamente y, además, el precepto impone una inmediata comunicación motivada al órgano judicial competente (motivación que debe incluir, desde luego, las razones de urgencia que justifiquen la ordenación gubernativa de la medida), correspondiendo al órgano judicial confirmar o revocar la medida de forma inmediata¹¹¹⁵. Para el TC, el legislador realizó una adecuada ponderación de la efectividad de la suspensión y de la intervención judicial al suprimir la intervención judicial previa solo en supuestos excepcionales cualificados por la urgencia, por lo que consideró el precepto acorde al art. 55.2 CE.

REMOTTI CARBONELL interpreta que el carácter urgente que prescribe el art. 579.3 se refiere a “sospechas racionales de que, si no se toma de inmediato la medida, y por el contrario se sigue el proceso ordinario, se producirá un retraso que (...) generaría, por ejemplo, (...) con respecto a la intervención de las comunicaciones, la pérdida de

¹¹¹⁵ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 10.

información trascendente para el desarrollo de las investigaciones, (...) convirtiéndose en ineficaces las medidas adoptadas”¹¹¹⁶. Y apunta SÁNCHEZ GÓMEZ que de dicha urgencia e inmediatez se habrá de desprender entonces la imposibilidad de acudir al órgano judicial competente sin poner en serio riesgo el devenir de la investigación¹¹¹⁷. Por otro lado, a la urgencia que expresamente requiere el precepto, habrá que añadir la nota de excepcionalidad propia de la institución jurídica de la suspensión, y la proporcionalidad propia de todas las injerencias en derechos fundamentales¹¹¹⁸. Así lo expresó también el TS refiriéndose al art. 579 LECrim: “De ahí la vigencia inexcusable del principio de proporcionalidad que habrá de conformar, siempre e incondicionadamente, el perfil de la injerencia en la materia que venimos examinando y que ha de resolver esta resolución. (...) La proporcionalidad, como criterio complementario pero indisolublemente unido al valor justicia, supone, en el tema que está en debate, que exista un correlato entre la medida, su duración y su extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social”¹¹¹⁹.

Como se ha señalado más arriba, cabe también intervenir aquellas comunicaciones “de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos” (art. 579.2 LECrim). LAMARCA PÉREZ califica esta extensión de los potenciales destinatarios como de “muy discutible ortodoxia constitucional”, pues permite suspender derechos fundamentales de personas sobre las que no existe sospecha alguna de haber cometido un delito. Así, teléfonos u otros medios de comunicación de familiares, amigos, compañeros o incluso soportes de comunicación públicos podrían observarse si la policía y más tarde el órgano judicial sospechan que son utilizados por personas relacionadas con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas¹¹²⁰. Sin embargo, esta previsión ya se encontraba en el art. 17 de la LO 9/1984, que fue declarado acorde a la CE mediante la STC 199/1987, de 16 de diciembre.

¹¹¹⁶ REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, pág. 197.

¹¹¹⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho de defensa*, 2017, pág. 227.

¹¹¹⁸ Se refieren a estas notas, en general: REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 192 y ss.; CATALINA BENAVENTE, en: FARALDO CABANA/PUENTE ABA/SOUTO GARCÍA (Coord.), *Derecho penal de excepción*, 2007, pág. 174; RODRÍGUEZ RUIZ, en: VOLCANSEK/STACK, *Courts and terrorism*, 2011, págs. 186-187.

¹¹¹⁹ ROJ: ATS 3773/1992, de 18 de junio, FJ 4.

¹¹²⁰ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, pág. 422 (refiriéndose a la legislación de 1984); más recientemente: LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 208-209.

Los tipos que recogen los delitos de terrorismo dan especial importancia al uso de los nuevos sistemas de comunicación y a la tecnología. Además, en un doble sentido, pues no solo se hace referencia a ellos en la preparación y en el concierto para la comisión de delitos de terrorismo, sino que el CP ha incluido delitos que son cometidos con la simple utilización de esas tecnologías de la comunicación de forma individual. Me refiero, por ejemplo, al art. 575.2 CP¹¹²¹, que castiga a quien, con la finalidad de capacitarse para cometer cualquier delito de terrorismo, se autoadoctrine o autoadiestre militarmente o en 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. Y aquí viene lo importante: “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”. Es obvio, entonces, que las autoridades estatales deberán utilizar la limitación (es decir, la intervención en las comunicaciones contando con una autorización judicial para ello) o directamente la suspensión del secreto de las comunicaciones cuando de la investigación de este tipo de delitos se trate. Otros delitos, como el de captación, adiestramiento o adoctrinamiento del art. 577.2 CP, aunque no necesariamente tienen que cometerse a través de servicios de comunicación, la experiencia fáctica ha demostrado que en los tiempos actuales representa la herramienta más utilizada para ello¹¹²².

Por todo ello, la adecuada investigación de esta clase de delitos deberá tener en cuenta de forma primordial el espacio virtual y de las comunicaciones. Lo reconocía así la Fiscalía General del Estado en su memoria de 2015: “Se trata de investigaciones

¹¹²¹ Ver *infra*: El adiestramiento y el adoctrinamiento pasivo y el “autoadiestramiento” y el “autoadoctrinamiento”.

¹¹²² También podrían servirse de estas plataformas de comunicación quienes cometan, por ejemplo, un delito de enaltecimiento de terrorismo del art. 578 CP. De hecho, la utilización de estas supone, además, una agravación de la pena de acuerdo con el art. 578.2 CP. Sin embargo, no lo menciono en el texto porque lo fundamental del enaltecimiento es la publicidad, por lo que generalmente se podrá acceder a las expresiones enaltecedoras sin necesidad de limitar o suspender el derecho al secreto de las comunicaciones, al realizarse en canales y fuentes abiertas de comunicación. Podría necesitarse esa limitación o suspensión en algún caso, si por ejemplo los mensajes enaltecedores se vertieran en canales cerrados de comunicación, como podría ser una plataforma de acceso restringido como un foro al que se accede por invitación de un miembro.

técnicamente complejas y de una enorme dificultad jurídica, por la propia naturaleza de las actividades investigadas (captación, adoctrinamiento, reclutamiento y adiestramiento de personas con propósitos terroristas, y prestación de cobertura, apoyo y financiación con esos fines), por los medios que se emplean para su ejecución (internet y las redes sociales) y porque no solamente se ciñen a la adopción de medidas de observación de comunicaciones, sino que requieren profundizar en la obtención de indicios a través de diferentes medios de prueba de naturaleza personal (testigos protegidos, confidentes, coimputados, agentes encubiertos virtuales, etc.), del acceso a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en sus diferentes ámbitos, y de la incorporación al proceso como material probatorio de las informaciones procedentes de los servicios de inteligencia”¹¹²³. Es por lo que alguna doctrina destaca la suspensión del secreto de las comunicaciones como la medida que con mayor alcance puede contribuir a la investigación eficaz contra el terrorismo de nuestro tiempo. Ello, porque su investigación difícilmente puede llevarse a cabo con éxito si no se dispone de amplios poderes de intervención en el mundo digital, que pueden exigir la suspensión individual del secreto de las comunicaciones, tal como prevé el art. 55.2 CE, aunque con un significado sin duda muy diferente al que pretendieron darle nuestros constituyentes¹¹²⁴. Aunque cabe reconocer que las comunicaciones y por tanto la limitación de su secreto juegan un papel crucial en el contexto de las investigaciones por delitos de terrorismo, sobre todo actualmente, también es cierto que el uso de la institución de la suspensión en estos supuestos debería ser cada vez más residual y no potenciarse cada vez más como defiende la doctrina citada, pues actualmente parece que, con los avances tecnológicos, una autorización judicial puede conseguirse de forma muy rápida o inmediata. De hecho, pone de manifiesto ZARAGOZA AGUADO que las previsiones de los arts. 553 y 579 LECrim, que permiten en casos de terrorismo la entrada y registro en domicilio y la intervención de las comunicaciones sin autorización judicial no se utilizan en la práctica, pues actualmente las autorizaciones judiciales se conceden inmediatamente incluso en los casos más urgentes¹¹²⁵.

¹¹²³ Memoria de la Fiscalía General del Estado 2015, pág. 198. Consulta: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2015/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS15.pdf (último acceso 19/03/2023).

¹¹²⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N°104, 2018, pág. 14.

¹¹²⁵ ZARAGOZA AGUADO, en: JUANATEY DORADO (Dir.)/FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA (Coord.), *El nuevo panorama del terrorismo en España*, 2013, pág. 107.

Para terminar, cabe hacer una pequeña referencia a otra especialidad del régimen legal en materia de terrorismo, esta vez de Derecho penitenciario, que influye en el derecho al secreto de las comunicaciones y también está relacionado con la entrevista privada entre el interno y su defensa¹¹²⁶. Con carácter general, las comunicaciones del preso provisional con familiares y allegados pueden ser intervenidas por decisión motivada del director del centro penitenciario por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento (art. 51.1 y 5 LOGP). En relación con las comunicaciones de los internos con sus defensas legales, el art. 51.2 LOGP dispone que estas no podrán ser suspendidas o intervenidas, salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo. Hasta el año 1994 se interpretaba el precepto descrito de la siguiente forma: las comunicaciones de los internos con sus abogados solo podían ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, salvo en casos de terrorismo, que podían suspenderse por acuerdo del director del establecimiento penitenciario, dando cuenta a la autoridad judicial competente. Esta interpretación, sin embargo, fue rechazada por el TC en su STC 183/1994, de 20 de junio. En la citada sentencia, concluyó la imposibilidad constitucional de interpretar el art. 51.2 LOGP en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de “orden de la autoridad judicial” y “supuestos de terrorismo”, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Consideró que las citadas condiciones habilitantes deben entenderse como acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión que el art. 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su abogado sin que autorice en ningún caso a la administración penitenciaria para interferir esas comunicaciones (FJ 5). Al aprobarse el Reglamento Penitenciario en 1996, esta interpretación del TC se adhirió al art. 48.3: “las comunicaciones de los internos con el abogado (...), no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o intervención de estas comunicaciones solo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial”, pero el artículo de la LOGP no ha sido modificado.

¹¹²⁶ Precisamente, GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor*, 1988, págs. 113-114, decía que este precepto de la legislación penitenciaria regula la “incomunicación del terrorista”.

4.4. Otros derechos afectados o materialmente suspendidos no incluidos en el art. 55.2 de la Constitución

La legislación antiterrorista en relación con la suspensión de derechos fundamentales se ha expandido a lo largo de los años en dos sentidos. En primer lugar, hemos visto cómo una situación de excepcionalidad como la suspensión del art. 55.2, se ha cristalizado en la legislación ordinaria. Y, en segundo lugar, a pesar de la taxatividad del art. 55.2 CE en cuanto a los derechos a suspender, se ha ido comprobando cómo la legislación anterior de desarrollo previó otros supuestos no cubiertos por la cláusula constitucional de excepción, siendo algunos de ellos identificables también en la legislación actual de desarrollo. En esta dirección, REQUEJO RODRÍGUEZ apunta que es posible encontrar en la legislación vigente una serie de medidas formalmente limitativas, pero materialmente suspensivas en sus efectos, que parece que no encajan del todo bien con el espíritu restrictivo que debe presidir la figura de la suspensión¹¹²⁷.

Ya he hecho referencia a algunos supuestos de este tipo en la legislación anterior, concretamente a los representados por la declaración de ilicitud y disolución de asociaciones y la suspensión de sus actividades (arts. 5 y 20 de la LO 9/1984, respectivamente); la clausura de medios de difusión (art. 21 de la LO 9/1984) y la suspensión de cargos públicos (art. 22 de la LO 9/1984). Algunos de esos supuestos, han continuado en legislaciones posteriores, concretamente en los arts. 520 CP en conexión con los arts. 129 y 515 CP. Según el primero, los órganos judiciales competentes, en los supuestos previstos en el art. 515 CP, que penaliza determinadas asociaciones que califica como ilícitas¹¹²⁸, acordarán su disolución, y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, que incluye la prohibición de reuniones o manifestaciones como suspensión de actividades. Estos preceptos se utilizaron para prohibir manifestaciones o reuniones que se entendía que se convocaban desde el entorno

¹¹²⁷ REQUEJO RODRÍGUEZ, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, págs. 1536-1537.

¹¹²⁸ 1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión; 2. Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución; 3. Las organizaciones de carácter paramilitar; 4. Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, situación familiar, enfermedad o discapacidad.

de ETA¹¹²⁹. La situación legal a partir de 2010 es distinta, en tanto que el legislador sacó a “las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas” del art. 515 CP, es decir, de las asociaciones ilícitas, para pasar a regularlas por separado en el art. 571 CP¹¹³⁰.

Cabe aludir al art. 504 bis LECrim, declarado inconstitucional por la STC 71/1994, de 3 de marzo. Este precepto disponía que, cuando se hubiere acordado la libertad de presos o detenidos por delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, esta excarcelación se suspendería por el plazo máximo de un mes en tanto la resolución judicial no fuese firme, si el recurrente era el Ministerio Fiscal¹¹³¹.

¹¹²⁹ Sobre ello, existe un estudio monográfico: MARTÍNEZ GARAY/MIRA BENAVENT, *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, 2011. Este trabajo se centra en la prohibición de reuniones y manifestaciones que venía siendo acordada por órganos judiciales penales de instrucción sobre la base, fundamentalmente, de los arts. 129, 515.2 y 520 CP (en sus redacciones anteriores a 2010). Sostienen en el trabajo que esa práctica judicial era ilegal e inconstitucional, además de ilegítima en términos de su desproporción. De acuerdo con los autores, el ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación del art. 21 CE resulta afectado de tres maneras diferentes en el marco de la instrucción, principalmente, de procedimientos penales por delito de integración en organización terrorista, pero también a veces en otras causas instruidas en la AN. Realizan su estudio agrupando en tres grupos los posibles supuestos, todo ello, recuerdo, bajo las redacciones del CP anteriores a 2010: 1) La suspensión de manifestaciones que se adopta al amparo de lo dispuesto en el art. 520 CP, que permite a jueces o tribunales acordar, además de la disolución de la asociación ilícita, la aplicación a los supuestos previstos en el art. 515 CP de cualquier otra de las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP, algunas de las cuales (como la de suspensión de actividades de una asociación) pueden ser decretadas, tal y como establece el art. 129.2 CP, también durante la tramitación de la causa. A partir de ese momento se prohíbe preventivamente y con carácter general cualquier reunión o manifestación que pudiera convocarse en el futuro y en cualquier lugar, con independencia por tanto de que pueda conocerse en el momento en que se formula tal prohibición el contenido concreto, el objeto o la finalidad que pudieran tener unas hipotéticas y futuras reuniones o manifestaciones que todavía no han sido ni tan solo ideadas; y correlativamente, se prohíbe también el ejercicio del derecho de asistir a esas futuras e hipotéticas reuniones y manifestaciones; 2) En aplicación de las medidas de suspensión general de actividades a las que se acaba de hacer referencia (arts. 520 y 129.2 CP, y que incluyen la de convocar o asistir a reuniones y manifestaciones), la AN ha venido prohibiendo una serie de actos que, en consecuencia, no han podido ser celebrados. No se trata en estos supuestos de prohibir con carácter general la abstracta y universal capacidad de convocar o asistir a reuniones o manifestaciones que corresponde a los ciudadanos genéricamente considerados, sino de prohibir reuniones o manifestaciones convocadas por ciudadanos concretos, con una finalidad determinada y para celebrarse en un momento y lugar también determinados. Sobre la base de aquella suspensión general del derecho de reunión y manifestación acordada en algunos procedimientos instruidos por delito de pertenencia a organización terrorista u organización ilícita, el órgano judicial pasa a examinar con carácter previo a su celebración las circunstancias particulares del acto concretamente convocado (identidad de los convocantes, su relación en el pasado con los partidos políticos suspendidos, lemas de la convocatoria, cartelera o fotografías que se planea exhibir, símbolos, etc.), para a continuación prohibir, autorizar o, incluso, imponer condiciones a la celebración de la reunión o manifestación en cuestión; 3) Prohibiciones cuyo procedimiento legal difiere de los dos anteriores supuestos; y cuyo fundamento desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo gira en torno al delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP. Sobre este último aspecto vuelvo más adelante en el texto. Ver *infra*: El derecho de reunión y manifestación y el enaltecimiento y justificación del terrorismo.

¹¹³⁰ Sobre estos cambios: MARTÍNEZ GARAY/MIRA BENAVENT, *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, 2011, págs. 15-24.

¹¹³¹ El recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento vasco a la LO 4/1988 pedía la declaración de inconstitucionalidad del art. 504 bis LECrim, aduciendo para ello varios argumentos. En primer lugar, que el precepto procesal vulneraba el art. 24.2 CE, concretamente el principio de igualdad

El art. 6.2 b) Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General¹¹³², que declara inelegibles a los condenados por delitos de rebelión, terrorismo o contra las instituciones del Estado, sin necesidad de que la sentencia que establece la pena de inhabilitación para el ejercicio de sufragio pasivo sea firme, adelantando la ejecución de la pena accesoria a la de la principal de privación de libertad¹¹³³.

El art. 384 bis LECrim, que impone, con la firmeza del auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito *cometido* por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, la suspensión automática de la función o el cargo público que el procesado estuviere ostentando, mientras dure la situación de prisión.

Y, por último, cabría mencionar la declaración de ilegalidad y disolución de partidos políticos y asociaciones prevista en la LOPP (arts. 9.2, 10 y ss.). Se trata de una previsión normativa (esta vez, extrapenal) concebida para desactivar del “entorno terrorista” (de ETA)¹¹³⁴ y que también afecta a derechos fundamentales como el de asociación previsto en el art. 22 CE¹¹³⁵. Se establece un procedimiento judicial de

procesal de las partes, al disponer una atribución privilegiada de efectos suspensivos al recurso promovido por el Ministerio Fiscal. En segundo lugar, que conculcaba el art. 117.3 CE, por cuanto la exclusiva potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado resultaría negada por el precepto impugnado, que facultaría al Ministerio Fiscal para imponer sus criterios sobre los del Poder Judicial¹¹³¹. Y, en tercer lugar, porque infringía el art. 124.1 CE, pues la tarea del Ministerio Fiscal consistente en velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales habría sido abiertamente contradicha por la regla que se impugna. El TC no apreció la vulneración de ninguno de los tres citados artículos constitucionales (FFJJ 10, 11, 12), pero sí apreció que vulneraba el contenido esencial del derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17 CE, al establecer un régimen específico para la privación cautelar de libertad (FJ 13) que de ningún modo cabía justificar en la excepcional habilitación establecida en el art. 55.2 CE, pues este último precepto solo permite la suspensión de la garantía enunciada en el citado art. 17.2 CE (FJ 9).

¹¹³² “2. Son inelegibles: (...) b) Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal”.

¹¹³³ REQUEJO RODRÍGUEZ, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios CE*, T.I, 2018, págs. 1536-1537.

¹¹³⁴ DE VERGOTTINI, *RDP*, N°61, 2004, págs. 27 y 35; SOTTIAUX, *Terrorism and the Limitation of Rights: The ECHR and the US Constitution*, 2008, págs. 174-175; OEHMICHEN, *Terrorism and anti-terror legislation*, 2009, págs-216-217, que señala que la Ley fue creada específicamente para ilegalizar Batasuna; NÚÑEZ CASTAÑO, *Los delitos de colaboración*, 2013, pág. 60.

¹¹³⁵ El TC, desde temprana jurisprudencia, ha reconocido al partido político como una forma particular de asociación (STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 1), que representan el “ejercicio de la libertad de asociación que consagra el art. 22” (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 3). También ha reconocido que “el hecho de que los partidos políticos figuren en el Título Preliminar de la CE [art. 6 CE] responde únicamente a la posición y al relieve constitucional que los constituyentes quisieron atribuirles, pero esto no significa que al crear y participar en un partido se esté ejerciendo un derecho distinto del derecho de asociación”. Por ello, “los arts. 6 y 22 deben interpretarse conjunta y sistemáticamente, sin separaciones artificiosas y, en consecuencia, debe reconocerse que el principio de organización y funcionamiento interno democrático y

ilegalización de un partido por dar un apoyo político real y efectivo a la violencia o el terrorismo, que es distinto del que se prevé en el CP para disolver las asociaciones ilícitas por las causas previstas en sus arts. 515 y 520 CP¹¹³⁶.

III. La competencia de la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de terrorismo

Conoce de los delitos de terrorismo la Sala de lo Penal de la AN, que tiene sede en Madrid y competencia en todo el país. La situación de intensa violencia por parte de ETA en los años de la transición precipitó la creación de este Tribunal¹¹³⁷, por lo que las mismas consideraciones realizadas con ocasión de la habilitación constitucional de suspensión de derechos fundamentales y su vocación de transitoriedad y de excepcionalidad (y la falta de ellas, *de facto*), pueden ser trasladadas aquí.

En cuanto a la concreta competencia para conocer de los delitos de terrorismo, debo recordar que esta se encuentra en una remota disposición transitoria, a pesar de representar la competencia más importante de este Tribunal.

En primer lugar, alguna doctrina ha apuntado que el contenido previsto en la disposición transitoria de la LO 4/1988 no se ajusta al de una disposición transitoria como norma jurídica, pues ni busca armonizar el pasado con el presente, pues ambos son idénticos, ni limitar los efectos de futuro, pues la previsión no queda sometida a ningún

los derechos que de él derivan integran el contenido del derecho de asociación cuando éste opera sobre la variante asociativa de los partidos políticos” (STC 56/1995, de 6 de marzo, FJ 3).

¹¹³⁶ A través de este procedimiento instituido en la LOPP, el TS dictaminó en 2003 (ROJ: 2133/2003, de 27 de marzo) la ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, por su respaldo a ETA, ilegalizaciones que fueron confirmadas por TC en sus SSTC 5 y 6/2004, de 16 de enero. En 2008 fueron ilegalizados Acción Nacionalista Vasca y el Partido Comunista de las Tierras Vascas, así como numerosas candidaturas. En 2011, el TS denegó la inscripción de Sortu en el Registro de Partidos Políticos por considerarlo heredero de la ilegalizada Batasuna y por no estar desvinculado de ETA. Sin embargo, el TC legalizó el partido mediante su STC 138/2012, de 20 de junio, y consideró que el TS había vulnerado el derecho de asociación de los integrantes de Sortu. El 1 de mayo de 2011, el TS (ROJ: STS 2293/2011) declaró ilegales las listas electorales de Bildu, decisión revocada por el TC en la STC 62/2011, de 5 de mayo.

¹¹³⁷ La AN se constituyó mediante el Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, y, mediante el Real Decreto-Ley 3/1977, de la misma fecha, se le atribuyó el conocimiento de los delitos en materia de terrorismo. Parte de la doctrina (entre otros: BANDRÉS MOLET, en: PÉREZ MARINO (Coord.), *Justicia y delito*, 1981, pág. 45; LACASTA ZABALZA, *Príncipe de Viana. Suplemento de ciencias sociales*, N°16, 1997, pág. 65; ASECIO MELLADO, *La Audiencia Nacional, una visión crítica*, 2003, págs. 19 y ss.; BAILONE, en: DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (Coord.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, pág. 540; LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 201), no sin razón, criticó la creación de este Tribunal por tratarse de una instancia judicial heredera del Tribunal de Orden Público franquista, suprimido ese mismo día 4 de enero por el Real Decreto-Ley 2/1977, pero, sobre todo, del proyectado Tribunal Central de lo Penal, con el que la AN comparte la mayoría de sus competencias.

plazo de vigencia¹¹³⁸. Si atendemos a la definición de disposición transitoria de la RAE “1. *Gral.* Norma que regula los supuestos en que continúa aplicándose la legislación que estaba vigente antes de la aprobación de un texto legal nuevo¹¹³⁹, o modula la aplicación total e inmediata de este desde el día de su entrada en vigor”, o a la dada por las Directrices de técnica normativa¹¹⁴⁰ “40. *Disposiciones transitorias.* El objetivo de estas disposiciones es facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación. Deberán utilizarse con carácter restrictivo y delimitar de forma precisa la aplicación *temporal* y material de la disposición transitoria correspondiente”. De acuerdo con estas definiciones, podría entenderse como una disposición que regula un supuesto de continuación de aplicación de la legislación anterior y preverse como transitoria, si bien no fija aplicación temporal alguna, y no se comprende cómo puede ser que, tras más de tres décadas, la competencia más importante de la AN durante largo tiempo no se haya incorporado al art. 65 LOPJ, que es la ubicación sistemática que le corresponde¹¹⁴¹. Podría

¹¹³⁸ TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, 1988, pág. 127; LAMARCA PÉREZ, *ADPCP*, T. 42, Fasc/Mes 3, 1989, pág. 981; ETXEBERRIA GURIDI, *Revista Vasca de Administración Pública*, N°36, 1, 1993, pág. 65.

¹¹³⁹ Cursivas añadidas.

¹¹⁴⁰ Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa.

¹¹⁴¹ Aunque esta tampoco es una situación aislada. Ya señalaba el Diputado Sartorius Álvarez de las Asturias Bohorques durante la tramitación de la ley que: “la experiencia de nuestro país es que llevamos muchísimos años, hasta treinta y cuarenta, con disposiciones transitorias vigentes. Es decir, la disposición transitoria, que da una idea de transitoriedad y de que algún día podría terminar, nos tememos que se pueda prolongar mucho en el tiempo”, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, N°81, 11 de febrero de 1988, pág. 5339, https://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/DS/PL/PL_084.PDF (último acceso 19/03/2023). También la doctrina: no se equivocaba PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, pág. 267, cuando expresaba hace años que la curiosa ubicación de esta competencia de la AN solía ser en nuestro Derecho un buen augurio de larga vida, por mucho que se critique la existencia del citado órgano judicial; o LAMARCA PÉREZ, *ADPCP*, T. 42, Fasc/Mes 3, 1989, pág. 981, cuando decía que “ya sabemos que las normas que nacen con vocación provisional suelen ser precisamente las que alcanzan más larga vida”. También, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, págs. 211-212. Por otro lado, otro ejemplo de falta de transitoriedad y de falta de preocupación técnica por las cuestiones referentes a la AN se desprende de la tardanza en la creación y puesta en funcionamiento de su Sala de Apelaciones. Se había criticado por instituciones internacionales de derechos humanos en reiteradas ocasiones que no existía un recurso efectivo ante las resoluciones de la AN, por lo que se vulneraba el art. 14.5 PIDCP (véase CCPR/C/69/D/701/1996, Caso Cesario Gómez Vázquez contra España, de 11 de agosto de 2000, pág. 10; CCPR/C/79/Add.61, de 3 de abril de 1996, párr. 19; Informe del Relator Especial, A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de diciembre de 2008, pág. 10). Estas críticas hicieron que se modificara la LOPJ en 2003 para incluir la previsión de una Sala de Apelaciones para la AN (art. 64 bis), cuya función es garantizar la segunda instancia en los supuestos en los que la sentencia era dictada por la Sala de lo Penal de la AN en primera y única instancia. Más recientemente, la reforma de la LECrim operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que establece en el art. 846 ter LECrim la posibilidad de recurso de las sentencias de la Sala de lo Penal ante la Sala de Apelación de la AN, y, en el art. 847, la posibilidad de recurso de casación ante el TS de las sentencias de la Sala de Apelación. A pesar de que la primera previsión legal de creación de esta Sala fue en 2003, no ha sido hasta el 1 de junio de 2017 que ha comenzado su funcionamiento. Cabe reconocer como positiva la creación de esta Sala, no así el tiempo transcurrido entre la previsión normativa y su efectiva puesta en funcionamiento, con catorce años de diferencia.

entenderse como único indicio de temporalidad el inciso 2º de la disposición transitoria, que presenta una redacción, cuanto menos, peculiar: “La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de intermediación judicial”. Lo llamo indicio, pues dispone cómo debe ser la legislación que modifique la competencia de la AN en materia de terrorismo (quizás, para cuando la amenaza terrorista hubiese cesado¹¹⁴²), sin disponer nada más.

Dejando a un lado la crítica sobre la ubicación sistemática de la norma, paso a una cuestión más relevante, que es la justificación material de la competencia específica para conocer de los delitos de terrorismo, y si esta atiende a criterios jurídicos o meramente políticos.

El TC ha mantenido que “el carácter de los mismos [de los delitos de terrorismo], su complejidad y sus conexiones, *su finalidad encaminada a perturbar el orden constitucional*¹¹⁴³, han determinado normas de atribución competencial que también han existido y existen para otros hechos delictivos de especial significación, que suponen una singularidad respecto de la norma de atribución de la competencia criminal por el lugar en que se comete el delito”¹¹⁴⁴. Ahora bien, la finalidad de los delitos no autoriza a modificar el régimen general de competencia de los tribunales que afecta al derecho al juez ordinario predeterminado por ley; y, respecto a su “su complejidad y sus conexiones”, salvo casos aislados como podría ser la instrucción del atentado del 11-M, los casos por terrorismo no presentan tantas complejidades como sí ocurre por ejemplo con algunos delitos económicos¹¹⁴⁵, por lo que la justificación que aduce el TC, a mi juicio, decae.

¹¹⁴² En este sentido, SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, pág. 24, n.p.*. En la misma obra (págs. 211-212) el autor sostiene que existía un compromiso, “al parecer contraído por el Gobierno con las distintas fuerzas políticas, de pasar esta competencia a los jueces naturales en un plazo de cuatro años a contar desde la aprobación de la citada ley”. También se puede sobreentender esta idea de los debates parlamentarios. Por ejemplo, de la intervención del Diputado Cavero y Lataillade: “la disposición transitoria, que puede ser quizá la más cuestionable (...), entendemos que es constitucional; que será de oportunidad política en la medida en que la nueva organización de los tribunales superiores de justicia avance y se perfeccione en un futuro y que podrá subsumirse el conocimiento, tanto de la instrucción como el enjuiciamiento, a lo que se ha llamado los jueces naturales. Pero, en tanto se producen esas circunstancias (¡ojalá, cuanto antes, se normalice la institucionalización y funcionamiento de los tribunales superiores de justicia!) es necesario mantener la competencia”, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, N°81, 11 de febrero de 1988, pág. 5352, https://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/DS/PL/PL_084.PDF (último acceso 19/03/2023).

¹¹⁴³ Cursivas añadidas.

¹¹⁴⁴ STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 6; reitera esta doctrina en la STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6.

¹¹⁴⁵ MORENO CATENA, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, págs. 388-389.

Más grave me parece fundamentar la existencia del Tribunal central en consideraciones subjetivas del sujeto aduciendo que no se trata de un delincuente cualquiera, si eso es precisamente lo que el legislador ha intentado transmitir al incluir los delitos de terrorismo en el CP, las especialidades penitenciarias en el CP y en la LOGP y las suspensiones de derechos fundamentales habilitadas por la CE (y otras), en la LECrim. Así, GARCÍA VALDÉS opina que el juez natural, principio tradicional del proceso criminal, “debe decaer en estos casos en favor de llevar a buen puerto el Derecho en tanto que no se está ante un delincuente convencional”¹¹⁴⁶. En mi opinión, si estamos de acuerdo en que España no se encuentra actualmente en la situación de excepción o emergencia, no respetar el Derecho “para llevar a buen puerto el Derecho” implica una contradicción en sí misma, que recuerda a tendencias jurídico-políticas anteriormente descritas en este trabajo.

Otras justificaciones de esta jurisdicción obedecen a argumentos políticos. Así, se ha recalcado que lo más adecuado para el conocimiento de los delitos de terrorismo es sustraerlos del juez natural por los riesgos que podría entrañar su conocimiento por el órgano judicial del lugar del delito. Estas argumentaciones, se refieren, por supuesto, al conocimiento de los delitos de ETA para los que serían competentes, generalmente, los jueces del País Vasco¹¹⁴⁷. ASECIO MELLADO, por su parte, aunque en general es muy crítico con la AN y con la asignación de sus competencias, defiende que, si algo justifica la AN, es la competencia en materia de terrorismo dada la fácil y humanamente admisible, dificultad de conferir estos asuntos a los jueces del lugar por el riesgo que suponen para el Estado y los jueces y magistrados. Otra cosa distinta es que, y aquí no le falta razón al autor, que haya de imponerse en todo caso la atribución a la AN de la totalidad de las fases del proceso penal, pues hay soluciones intermedias, que, superando los inconvenientes de derivar la competencia a los órganos naturales, pueden ofrecer mejores resultados¹¹⁴⁸. Por su parte, MORENO CATENA argumenta en este sentido que el Estado tiene que asegurar un desarrollo normal de la actividad judicial en todo el territorio nacional, pues en otro caso estaría reconociendo una situación de excepción y en realidad la legislación antiterrorista sería una legislación de emergencia. También destaca que se

¹¹⁴⁶ GARCÍA VALDÉS, *La ley penal*, N°74, 2010, pág. 73.

¹¹⁴⁷ Ídem.

¹¹⁴⁸ ASECIO MELLADO, *La Audiencia Nacional, una visión crítica*, 2003, págs. 6, 16 y 22-23.

parte de una falta de independencia real de los jueces y de todos cuantos desempeñan sus funciones en el ámbito de la justicia, que cederían a las amenazas de los terroristas¹¹⁴⁹.

Por mi parte, puedo comprender los citados recelos planteados por algunos juristas en el contexto coyuntural que se vivía en los años siguientes a la transición, en los que la actividad violenta era intensa y se vivía una situación ciertamente hostil en el País Vasco. La realidad actual, afortunadamente, no es comparable. El terrorismo de corte yihadista, que es el único que podríamos considerar “activo” en estos momentos, no ha estado concentrado en un lugar del territorio concreto que haga más deseable su conocimiento por parte de la AN¹¹⁵⁰.

Tras aludir a las justificaciones materiales de la competencia para conocer de los delitos de terrorismo, cabe analizar la concreta redacción de la asignación competencial, que encuentro ciertamente desafortunada y que sigue planteando desencuentros doctrinales. La norma no hace una remisión a la ubicación en el CP donde se encuentran los delitos de terrorismo (que sería lo adecuado), sino que se refiere a “las causas por delitos cometidos por *personas integradas* en bandas armadas o *relacionadas* con elementos terroristas o rebeldes *cuando la comisión del delito contribuya a su actividad*, y por quienes de cualquier modo *cooperen o colaboren* con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán *también de los delitos conexos* con los anteriores”¹¹⁵¹. Se trata, como se desprende de su lectura, de una previsión de elevada indeterminación, y que no utiliza un criterio de carácter objetivo (la clase o naturaleza o características abstractas del delito cometido: delitos de terrorismo), sino un criterio de carácter subjetivo (las circunstancias concretas de la persona que comete el delito: su pertenencia o su relación con bandas armadas o elementos terrorista o rebeldes, o su cooperación o

¹¹⁴⁹ MORENO CATENA, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pág. 390. En este mismo sentido ya se manifestaba el Diputado Sartorius Álvarez de las Asturias Bohorques, en la tramitación de la LO 4/1988: “Estamos convencidos de que este tipo de delito tiene que conocerlo el juez del lugar, no el juez de instrucción central de la AN. Esto nos parece fundamental y si queremos ser eficaces en la lucha contra la violencia política, contra el terrorismo, tenemos que hacer que los jueces y los magistrados del País Vasco intervengan en este tipo de delitos. (...) si los jueces del lugar fuesen los que conociesen de este tipo de delitos, se quitaría un arma poderosa a los terroristas en cuanto a ese clima que crean de enfrentamiento entre una parte del pueblo vasco y los tribunales y jueces de Madrid”, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, N°81, 11 de febrero de 1988, pág. 5339, https://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/DS/PL/PL_084.PDF (último acceso 19/03/2023).

¹¹⁵⁰ En este mismo sentido se pronuncia QUINTERO OLIVARES, *La Justicia penal en España*, 1998, pág. 164. En contra de esta idea: GARCÍA VALDÉS, *La ley penal*, N°74, 2010, pág. 73; JUANES PECES, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N°5, 2012, pág. 483.

¹¹⁵¹ Cursivas añadidas.

colaboración de cualquier modo con la actuación delictiva de aquellos grupos o individuos)¹¹⁵².

En este sentido, destaca TERRADILLOS BASOCO que, aun aceptando los criterios de atribución de competencia de la AN como objetivos, en delitos como los de terrorismo, esta queda relativizada si la configuración de los tipos en el derecho sustantivo viene aquejada por una subjetividad que se acerca al Derecho penal de autor en la misma medida en que se aleja del Derecho penal del hecho¹¹⁵³. En este mismo sentido, el Relator Especial, en su informe de 2008 sobre su visita a España, consideró “problemático que un único Tribunal central especializado tenga competencia exclusiva sobre la aplicación e interpretación en materia de delitos de terrorismo, cuyo ámbito se ha hecho problemáticamente amplio¹¹⁵⁴. Precisamente, tanto la indeterminación de la designación de la competencia contenida en la disposición transitoria de la AN, como la amplitud e indeterminación de las redacciones legales de los tipos de terrorismo contenidos actualmente en el CP, han propiciado que determinados casos se hayan sometido a su jurisdicción (y a medidas suspensivas de derechos fundamentales), con indicios para ello, cuanto menos, cuestionables. Supuestos relativamente recientes que ilustran lo que sostengo son, entre otros, el “caso Alsasua” (SAN 17/2018, de 1 de junio)¹¹⁵⁵, o el de los

¹¹⁵² MIRA BENAVENT, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pág. 329.

¹¹⁵³ TERRADILLOS BASOCO, en: CAPELLA HERNÁNDEZ (Coord.), *Las sombras*, 2003, pág. 373.

¹¹⁵⁴ Informe del Relator Especial, A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de diciembre de 2008, pág. 10.

¹¹⁵⁵ Durante las fiestas de la localidad navarra de Alsasua, concretamente la noche del 15 de octubre de 2016, ocho jóvenes se enzarzaron en una pelea en un bar del municipio con dos guardias civiles y sus parejas. La misma noche de los hechos, dos de los jóvenes involucrados en la agresión fueron trasladados a Pamplona y detenidos en prisión incomunicada. El 17 de octubre declararon ante la jueza titular del Juzgado N°3 de la Audiencia Provincial de Navarra, quien ordenó su puesta en libertad con cargos y con medidas cautelares. El 19 de octubre de 2016, el Colectivo de Víctimas del Terrorismo presentó una denuncia por estos hechos ante la AN, relacionándolos con delitos de terrorismo. El 9 de noviembre, la Magistrada de la AN Lamela Díaz admitió a trámite la denuncia y reclamó el traslado de la causa de la Audiencia Provincial de Navarra a la AN. El 14 de noviembre de 2016 la jueza de la AN decretó prisión preventiva para los jóvenes implicados, en distintas cárceles madrileñas y sometidos a régimen FIES. El 20 de diciembre de 2016 salieron en libertad con cargos cuatro de ellos, pero la AN mantuvo en prisión a tres. De la calificación jurídica inicial de los hechos como delitos de lesiones y atentado a la autoridad, se pasó a considerarlos en su modalidad terrorista y a añadir otros, llegando las peticiones de condena de Fiscalía y del Colectivo de Víctimas del Terrorismo, de un mínimo de doce años hasta un máximo de 62 años. Concretamente, el Ministerio Fiscal calificó los hechos acaecidos como constitutivos de delitos de lesiones terroristas y de delitos de amenazas terroristas; y, con carácter alternativo y subsidiariamente, como constitutivos de desórdenes públicos terroristas, atentado a los agentes de la autoridad en concurso ideal con un delito de lesiones y otros delitos de lesiones y de amenazas. Finalmente, la AN no apreció en su SAN 17/2018, de 1 de junio, delitos de terrorismo, aunque sí impuso por estos hechos unas penas altísimas por delitos de atentado, desórdenes públicos, lesiones y amenazas. Algunas de ellas fueron rebajadas por el TS en su STS 458/2019, de 9 de octubre.

miembros del colectivo “*Straight Edge Madrid*” (SAN 28/2018, de 26 de julio)¹¹⁵⁶. En ambos casos, grupos de jóvenes fueron sometidos a esta jurisdicción, con todas las especialidades que ello conlleva, pero finalmente no resultaron condenados por delitos de terrorismo.

1. Una especial mención a los delitos de enaltecimiento del terrorismo

Se da, además, otra contradicción en relación con la competencia en materia de delitos de terrorismo. El delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 CP, aun ubicado sistemáticamente dentro del Capítulo del CP que se ocupa de los delitos de terrorismo, y declarado así *ex lege* desde 2015 por el art. 573.3 CP¹¹⁵⁷, no es considerado como tal por el TC¹¹⁵⁸ ni por el TS¹¹⁵⁹. De acuerdo con esta jurisprudencia, no está permitido aplicar las medidas suspensivas del art. 55.2 CE a las personas investigadas por delitos de enaltecimiento del terrorismo¹¹⁶⁰, lo que es extensible también

¹¹⁵⁶ En noviembre de 2015 varios medios de comunicación se hicieron eco de la detención de seis jóvenes relacionados con un movimiento llamado *Straight Edge*. La Policía dio una rueda de prensa para anunciar la denominada “Operación Ice” contra un grupo terrorista desconocido hasta el momento. Se habló de “dirigentes”, se presentó como una organización bien estructurada y se destacaron sus conexiones con otros grupos violentos. Los agentes acusaban a los jóvenes de “atentados” contra varias sedes de entidades bancarias. La ideología de este movimiento defendía el veganismo, rechazaba el consumo de drogas, tabaco o alcohol y se presentaba como contrario a la promiscuidad. El 6 de noviembre de 2015, el juez de la AN que instruía la causa decidió enviar a los seis jóvenes a prisión acusados de integrar una organización terrorista de “radicalizada ideología anarquista” bajo las siglas SXE MAD. Cuatro de ellos eludieron la prisión con fianza y dos ingresaron en prisión. Juan Manuel Bustamante, alias Nahuel, pasó un año y cuatro meses en la cárcel. En el auto de prisión, el juez les acusaba de haber provocado incendios en sucursales de La Caixa y Bankia en 2013 y 2015, y que en redes sociales hacían “continuos llamamientos a la violencia contra el Estado y el capital” y les vinculaba con varios intentos de ocupación de inmuebles para establecer “centros sociales” del colectivo. El juez consideró que los indicios se correspondían con los delitos de constitución, promoción, dirección y pertenencia a organización terrorista, tenencia y depósito de sustancias o aparatos explosivos, y daños y estragos terroristas. La base de la acusación contra los seis jóvenes era que habían aparecido pintadas suyas en las sedes bancarias antes de los incendios y que habían hecho llamamientos a sabotearlos. A esto se sumó que los agentes encontraron en sus domicilios “productos químicos” que relacionaron con la intención de fabricar artefactos incendiarios o explosivos (que finalmente resultaron ser productos de limpieza y cocina). La Fiscalía presentó su escrito de acusación el 9 de mayo de 2018, del que, sorprendentemente, habían desaparecido los graves delitos que motivaron las detenciones de los jóvenes y que mantuvieron a Nahuel más de un año en prisión. El escrito se limitaba a una acusación por enaltecimiento del terrorismo. La sentencia finalmente adoptada absolvió a los acusados por este último delito. En su resolución, los jueces repasan todo el material audiovisual en el que se sustentaba la acusación de enaltecimiento del terrorismo, concluyendo que SXE MAD era “un grupo de personas que vienen en mostrar un inconformismo con las estructuras bancarias y sociales, realizando manifestaciones utilizando los medios informáticos”, pero que no había pruebas suficientes de que hubiesen participado en hechos violentos ni que sus acciones en internet constituyeran enaltecimiento del terrorismo.

¹¹⁵⁷ “Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo”.

¹¹⁵⁸ STC 199/1987, de 16 de diciembre.

¹¹⁵⁹ ATS de 23 de mayo de 2002, RJ 2002\4727.

¹¹⁶⁰ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4.

al delito de humillación, descrédito y menosprecio de las víctimas o sus familiares con el que comparte artículo¹¹⁶¹; y tampoco es perseguible este delito si se comete fuera de España¹¹⁶². Sin embargo, y aquí llega la contradicción, sí conoce de ellos la AN, a pesar de que la disposición transitoria que otorga la competencia en materia de terrorismo no es en absoluto clara en ese extremo, y se trata de un delito que entró mucho más tarde en vigor (en el año 2000). Por ello, se han dado algunos conflictos de competencia entre tribunales ordinarios y la AN, y alguna doctrina mantiene que carece de habilitación para conocer de ellos¹¹⁶³. Veámoslo detenidamente.

El delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo¹¹⁶⁴ se (re)introdujo en el sistema penal en la reforma operada por la LO 7/2000, disposición que no hace mención alguna sobre la competencia para el conocimiento de los delitos que recoge.

La disposición transitoria de la LO 4/1988, como sabemos, se refiere a las “*personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad*” o a sujetos que “*cooperen o colaboren con la actividad de aquellos grupos o individuos*”. Las personas que únicamente enaltecen o justifican el terrorismo, se entiende que ni integran, ni colaboran, ni cooperan con la actividad de aquellos grupos o individuos, pues en ese caso deberían ser procesados por los delitos que específicamente castigan esas conductas en el CP (arts. 572 y 577).

Existirían, en mi opinión, dos objeciones a los argumentos anteriores para atribuir la competencia de los delitos de terrorismo a la AN. En primer lugar, sabemos que la LO 7/2000, introductora del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo, nada dijo sobre la competencia de la AN para su enjuiciamiento, pero sí introdujo los Juzgados Centrales de Menores, a los que atribuyó la competencia de manera objetiva y expresa (como hubiera sido deseable para los delitos de terrorismo cometidos por adultos). La norma orgánica dispuso que conocerán de los delitos previstos en los arts. 571 a 580 del CP, lo que, como es obvio, incluye el art. 578 CP. Parece entonces que, si la AN es competente para conocer de los delitos de enaltecimiento del terrorismo de los menores,

¹¹⁶¹ De esta opinión: LAMARCA PÉREZ, *La ley penal*, N°28, 2006, pág. 45.

¹¹⁶² ATS de 23 de mayo de 2002, RJ 2002\4727.

¹¹⁶³ LAMARCA PÉREZ, *La ley penal*, N°28, 2006, págs. 50-51; MIRA BENAVENT, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pág. 329.

¹¹⁶⁴ Sobre este delito, ver *infra*: El enaltecimiento y la justificación del terrorismo.

también debería serlo para conocer de los de los mayores. Por otro lado, el segundo resquicio que podría dar la competencia a la AN para conocer de los delitos de enaltecimiento del terrorismo sería el entenderlo como un “*delito conexo* con los anteriores”, como prevé la redacción de la disposición transitoria de la LO 4/1988. Ahora bien, no en todos los casos.

Durante su primera década de vigencia no fue un precepto frecuentemente aplicado. Curiosamente, a partir de su segunda década de vigencia se ha dado una inflación de procesos y condenas por este delito. Esto ha ocurrido a partir precisamente de la desaparición de ETA, siendo generalmente los procesados o condenados personas que nada tienen o tenían que ver con el terrorismo ni con su entorno¹¹⁶⁵. En estos casos, existen varias razones para entender que no deberían haber sido juzgados por la AN (dejando en este momento a un lado las vulneraciones producidas en el derecho a la libertad de expresión¹¹⁶⁶). Así, las organizaciones a las que se referían muchas de las expresiones supuestamente enaltecedoras lo eran de dos organizaciones (ETA y GRAPO) que ya no existen, por lo que los procesados y condenados no son “*personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas*” ni sujetos que “*cooperen o colaboren con la actividad de aquellos grupos o individuos*”, pues su actividad enaltecedora no puede contribuir a la actividad de una entidad que ya no existe, que es lo que exige la letra de la disposición transitoria. Pero, aunque las organizaciones terroristas siguieran existiendo, se da el caso de que en la mayoría de los supuestos más actuales no se tenía relación alguna ni con un entorno político o remoto de dichas organizaciones (ni siquiera en el pasado). Entonces, si respetamos la redacción de la disposición transitoria, los supuestos llevados ante la AN, sobre todo los sometidos a su jurisdicción en tiempos relativamente recientes (y después de la desaparición de ETA) no serían subsumibles en su competencia, lo que vulneraría sendos derechos al juez ordinario predeterminado por la ley y a la legalidad penal. Como bien apunta MIRA BENAVENT, no concurren los presupuestos de la disposición transitoria porque esta no utiliza como criterio el de la naturaleza abstracta del delito en cuestión o la clase o género de delito de que se trate (delito de terrorismo), sino el criterio de la concreta persona que lo lleva a cabo, siempre y cuando, además, los diversos delitos cometidos por estas personas contribuyan a la

¹¹⁶⁵ Me refiero a casos como los de Cassandra Vera, Valtòny, Pablo Hásel los Titiriteros, La Insurgencia, César Strawberry, etc.

¹¹⁶⁶ Sobre ello, ver *infra*: La libertad de expresión y el enaltecimiento y justificación del terrorismo.

actividad delictiva de las bandas armadas a las que pertenecieren o a la de los elementos terrorista o rebeldes con los que dichas personas estuvieren relacionadas¹¹⁶⁷.

Ahora bien, tras estas elucubraciones, cabe señalar que el TS ya ha zanjado esta polémica hace años, al resolver conflictos de competencia suscitados por este concreto particular, y también por el llamado delito de terrorismo urbano o *kale borroka* del anterior 577 CP¹¹⁶⁸. El TS aclaró esta cuestión en su ATS de 19 enero 2004 (Cuestión de competencia 35/2003), aunque, bajo mi punto de vista, con una pobre argumentación. Declara en su FJ 2 que la calificación de los hechos como constitutivos de un delito del art. 578 CP resulta en la asignación al JCI N°1 para la instrucción de la misma, conforme a lo establecido en la disposición transitoria de la LO 4/1988. Según el TS, ello hay que conectarlo con lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la LO 7/2000, que señala que “los poderes públicos tienen que afrontar que los comportamientos terroristas evolucionan y buscan evadir la aplicación de las normas. Tanto más si se considera que, cuanto más avanza la sociedad, ganando espacios de libertad frente al terror, más numerosas y variadas son las actuaciones terroristas que tratan de evitar, atemorizando directamente a cada ciudadano, o en su conjunto, a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, que desarrolle con normalidad la convivencia democrática y que la propia sociedad se fortalezca e imponga dicha convivencia, erradicando las graves e ilegítimas conductas que la perturban”. Y continúa aduciendo que “los hechos a que se refiere la presente están situados en el contexto que contempla la Exposición de Motivos, y, encaminados a exaltar el terrorismo, parecen entrar de lleno en el art. 578 (comprendido dentro de los delitos de terrorismo)”. En mi opinión, la letra de la Exposición de Motivos de la LO 7/2000 no fija en modo alguno la conexión pretendida por el TS. Además de pobre, esta argumentación serviría en su caso para justificar la competencia, sino la tipificación del delito. y tampoco para atender a la situación de los delitos conexo.

En la STS 1819/2001, de 11 de octubre, aunque argumentando sobre la competencia de la AN para el conocimiento de un delito de *kale borroka*, dispuso que: “La disposición final primera de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, aprobó el nuevo CP de 1995 y modificó el art. 14 de la LECrim. Podría haber atribuido competencia a la AN

¹¹⁶⁷ MIRA BENAVENT, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pág. 328.

¹¹⁶⁸ STS 1819/2001, de 11 de octubre.

en materia de terrorismo con la desaparición de la disposición transitoria de la LO 4/1988 que hubiera tenido que ser derogada. No se hizo así y la vigencia de la atribución de competencia establecida en la discutida disposición transitoria es *incuestionable*¹¹⁶⁹ para conocer de todos los delitos de terrorismo incluidos en la Sección 2ª del Capítulo V del Título XXII del CP”, lo que obviamente es extrapolable a los delitos de enaltecimiento del terrorismo¹¹⁷⁰.

2. La Audiencia Nacional, el principio de inmediación judicial y la actuación del poder ejecutivo

Por otro lado, se ha criticado también de la AN su incompatibilidad con el principio de inmediación judicial¹¹⁷¹. Este reproche, a mayor abundamiento, viene dado en primer término por la redacción dada a la disposición transitoria en su último inciso: “La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el

¹¹⁶⁹ Cursivas añadidas.

¹¹⁷⁰ Algún argumento más sobre este particular puede extraerse de dos votos particulares formulados por la Magistrada San Miguel Bergareche a los Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya 5/2003, de 7 enero, y 52/2003, de 22 enero. La mayoría de la Sala consideró que la expresión amplia de la competencia, manifestada en términos como contribución, cooperación o colaboración de cualquier modo, o delitos conexos, hace incluir los previstos en el art. 578 del CP. La Magistrada sin embargo defendía que la competencia para ello corresponde al juez ordinario del lugar en que se dice cometido el delito, basando su voto particular en varios argumentos. En primer lugar, aunque se hace cargo de que la exclusión de la apología de la aplicación de las medidas suspensivas del art. 55.2 CE solo se refiere a esas concretas medidas, cuando el TC lo hace, se apoya en otros argumentos que pueden servir para excluir la competencia de la AN: a) en primer lugar, para extraer la apología de la suspensión de derechos, circunscribe esta exclusivamente a bandas armadas o rebeldes y a elementos terroristas relacionados con bandas armadas (entre los que no incluye a quienes hicieran apología de terrorismo); b) la entrada en vigor del art. 578 del CP, tipo que, en su redacción actual, se concreta con notable posterioridad a esta sentencia (con posterioridad incluso al CP de 1995, que no castigaba la apología de terrorismo) no puede conllevar, a la luz de esta doctrina constitucional, que, sin una modificación de la ley procesal en materia de competencia, se considere, analógica e inmediatamente, que las personas que hayan podido incurrir en algunos de sus supuestos, sean juzgadas por un Tribunal, cuya competencia, por excepcional (la regla general otorga competencia al juez ordinario del lugar en que se hayan cometido los delitos) se atribuye de forma restrictiva y únicamente para aquellos supuestos específicamente determinados (estas características de excepcionalidad e interpretación restrictiva se derivan de la lectura de la citada sentencia); c) la disposición transitoria en que se basa el Auto con el que muestro mi discrepancia, tiene clara vocación de transitoriedad, transitoriedad que, por su propia ubicación, redacción y antecedentes, no puede ser dotada de una interpretación analógica y ampliable a todos los supuestos contenidos en el epígrafe citado por el Ministerio Fiscal en la impugnación del recurso interpuesto y sobre el que resolvemos.

¹¹⁷¹ MAQUEDA ABREU, *ADPCP*, T. 39, Fasc/Mes 2, 1986, pág. 484; QUINTERO OLIVARES, *La Justicia penal en España*, 1998, pág. 165; VILLEGAS DÍAZ, *Terrorismo: un problema de Estado*, Tesis inédita, 2001, pág. 493; ASENSIO MELLADO, *La Audiencia Nacional, una visión crítica*, 2003, pág. 16; MORENO CATENA, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pág. 385; LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 201.

principio de inmediación judicial”, que hace pensar que esa legislación (que hoy sigue vigente) no respeta dicho principio de inmediación judicial¹¹⁷².

No le falta razón a LAMARCA PÉREZ cuando expresa que la competencia de la AN constituye el elemento central del régimen de suspensión de derechos, y ello porque sustituye una intervención real y directa por una intervención ritual y honoraria que difícilmente puede garantizar una auténtica fiscalización de la actuación gubernativa¹¹⁷³. Además, el juez central se encuentra en Madrid, y, aunque pueda desplazarse y delegar, la importancia, severidad y urgencia de las medidas a aplicar exigen que, desde el inicio, la competencia debiera ser asignada al juez natural, que es el único que en la práctica puede mostrarse eficaz en esa labor de control¹¹⁷⁴. Lo apuntado, además de no respetar el principio de inmediación, tiene difícil encaje con la exigencia de la “necesaria intervención judicial” que exige el art. 55.2 CE en materia de suspensión de derechos fundamentales.

Pero también hay voces que en absoluto perciben lo anterior como un problema. Señala GARCÍA VALDÉS que “la aplicación estrictamente constitucional que este valioso órgano jurisdiccional efectúa del conjunto de la normativa jurídica es indesmallable y merecedora de suma alabanza”¹¹⁷⁵. Y aunque por supuesto el trabajo de fiscales y magistrados de la AN sea digno de alabanza en muchos aspectos, no lo ha sido en muchos otros. Cabe traer a colación aquí de nuevo las numerosas vulneraciones de derechos fundamentales que se han perpetrado en el contexto de la prórroga de la detención y la incomunicación, que podrían haberse evitado si el control judicial hubiese sido efectivo¹¹⁷⁶; los supuestos llevados ante la AN bajo débiles indicios, que someten a las personas encausadas a suspensiones de derechos y a la carga y estigmatización añadida que supone ser llevado ante un tribunal como la AN; o algunos famosos supuestos

¹¹⁷² También: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, pág. 24, n.p.*; LAMARCA PÉREZ, *ADPCP*, T. 42, Fasc/Mes 3, 1989, pág. 981, mantiene la misma idea en: LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 201, n.p. 13; Voto particular formulado por el Magistrado Gimeno Sendra a la STC 56/1990, de 29 de marzo.

¹¹⁷³ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, pág. 399; y mantiene la misma idea años después en: LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 202.

¹¹⁷⁴ LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 201.

¹¹⁷⁵ GARCÍA VALDÉS, *La ley penal*, N°74, 2010, pág. 73.

¹¹⁷⁶ Sobre ello, me remito a lo expuesto *supra*: Las vulneraciones de derechos fundamentales en el contexto de la incomunicación: las torturas y el derecho a no declarar.

judiciales que denotan una normalización de la excepción y una permanente suspensión de derechos¹¹⁷⁷.

Para alguna doctrina, además, la AN supuso (y supone), no solo la retracción del resto de la judicatura, sino también la retracción del propio poder judicial como tal, en beneficio del gubernativo y el policial¹¹⁷⁸. Todo ello, por supuesto, coadyuvado por las suspensiones de derechos a las que habilita la CE y sus normas de desarrollo, que precisamente suponen, entre otras cuestiones, la intervención de la autoridad gubernativa en detrimento de la judicial. En este sentido, el GEPC, muy crítico con la AN, destaca que el balance de la experiencia histórica de la AN permite apreciar la cristalización de una perspectiva jurídico penal y una práctica autónomas, derivadas de la trascendencia de las materias de su competencia exclusiva y del trabajo judicial en un ambiente de estado de emergencia continuo y de fuerte repercusión mediática y política. En el ámbito de la instrucción, la multiplicación de casos de especial complejidad y el reducido número de jueces centrales de instrucción, ha determinado que frecuentemente se acuda a la delegación, vía cooperación judicial, de diligencias instructoras, cuando no a encomendar la práctica a la policía judicial, delegación esta que en materia de terrorismo es sistemática y con gran amplitud de objeto, lo que compromete la dirección jurisdiccional de la actividad instructora. Por otra parte, la pretendida imagen de eficacia de la AN resulta poco compatible con las frecuentes deficiencias en la instrucción de los asuntos altamente “policializados”, bien por insuficiencia de contenido penal o por irregularidades procesales, que finalmente provocan fallos absolutorios. Además, son apreciables numerosas condenas basadas exclusivamente en la admisión de hechos por el acusado durante la detención policial, ulteriormente rectificadas ante el juez de instrucción, o bien basadas en las manifestaciones de un coimputado; la falta de motivación suficiente de medidas de injerencia en derechos fundamentales; la ausencia de control del resultado de

¹¹⁷⁷ Sobre esto, PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho penal de la libertad y seguridad (de los Derechos)*, 2012, págs. 153-184. El autor pone de manifiesto que la normalización de la excepción se nota también en algunas decisiones judiciales, que recuerdan “que existen espacios biopolíticos en los que los derechos se suspenden de modo permanente”, y cita el Auto de la AN 336/2014, de 17 de noviembre, que archivó el caso de los vuelos ilegales de la CIA en España. Esta decisión judicial consideró como no delictivo el comportamiento omisivo permisivo de unos funcionarios españoles respecto a los aviones de Estados Unidos que hicieron escala en aeropuertos españoles trasladando a detenidos de forma ilegal y sometidos a torturas. Se interpretó que los funcionarios no eran responsables penalmente al no ser dolosa su actuación, ni tan siquiera a título de dolo eventual, argumentando que en 2002 no se conocía aún la infracción de la legalidad internacional y la permanente vulneración de los derechos humanos que estaba perpetrando Estados Unidos.

¹¹⁷⁸ ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, págs. 203-204.

medidas de esa naturaleza; la ausencia de corroboración del contenido de informes policiales utilizados como prueba de cargo; y actitudes colectivas de sus miembros que pueden afectar a su imparcialidad¹¹⁷⁹.

A todo lo anterior, cabría añadir también una afectación al derecho fundamental al recurso de *habeas corpus* (art. 17.4 CE), que permite poner a disposición *inmediata* del juez a toda persona detenida ilegalmente. El art. 55.2 CE no habilita a la suspensión de este derecho para las investigaciones sobre bandas armadas y elementos terroristas¹¹⁸⁰, que sí prevé el art. 55.1 CE para los estados de excepción y sitio. Ahora bien, legalmente sí dispone la LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*, una especialidad para el conocimiento de este recurso cuando de investigados por terrorismo se trate. De acuerdo con su art. 2.1º, el juez competente para conocer del *habeas corpus* es el de instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad; si no constare, el del lugar en que se produzca la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido. Frente a esta regla general se han dispuesto dos excepciones, una que alude a la jurisdicción militar, y otra que hace referencia a supuestos de terrorismo: “si la detención obedece a la aplicación de la ley orgánica que desarrolla los supuestos previstos en el art. 55.2 CE, el procedimiento deberá seguirse ante el Juez Central de Instrucción correspondiente” (art. 2.2º de la LO 6/1984). Materialmente, entonces, sí se produce una afectación a este derecho fundamental en materia de terrorismo, por las mismas razones aducidas antes en relación con la intermediación judicial. Con razón alguna doctrina ha advertido que, al corresponder la competencia de resolución de este recurso a la AN ubicada en Madrid y no a los jueces del territorio donde tiene lugar la detención (la mayoría de las detenciones por terrorismo se practicaban en el pasado en el País Vasco, es decir, a más de 400 km de Madrid), suponía, sobre todo cuando se producían muchas detenciones, una importante limitación a la efectiva aplicación de esta institución jurídica

¹¹⁷⁹ GEPC, *Una alternativa*, 2008, págs. 59-61. Similares consideraciones realizaba en la prensa el Magistrado ANDRÉS IBÁÑEZ, “Justicia para la Audiencia Nacional”, *El País*, 20 de diciembre de 1996. Consulta: https://elpais.com/diario/1996/12/20/opinion/851036410_850215.html (último acceso 19/03/2023): “la AN concentra lo que, por definición (principio del juez natural), tendría que ser difuso. (...) produce distorsiones no deseables en la experiencia jurisdiccional: personaliza en exceso las actuaciones, sobredimensiona a los órganos afectados, provoca un plus de espectacularidad, perjudicial porque altera la percepción social del verdadero alcance de la respuesta judicial”.

¹¹⁸⁰ Así lo ha reconocido expresamente también el TC en su STC 153/1988, de 20 de julio, FJ 5: “el art. 55.2 de la CE no permite la suspensión individual de la garantía de *habeas corpus*”.

y una merma a los poderes de control judicial sobre ese tipo de detenidos¹¹⁸¹. No obstante, esto ha sido declarado conforme a la CE por el TC, que interpreta que “la asignación del conocimiento de la detención a los juzgados centrales de instrucción no supone un obstáculo que impida el control judicial de esas detenciones, aunque las dificultades que para el justiciable se derivan de ello imponen, en todo caso, una mayor diligencia del órgano judicial en orden a asegurar la efectividad de la protección y defensa judicial de la libertad, que le corresponde”¹¹⁸².

A lo largo de este epígrafe dedicado a la AN he mostrado cómo las competencias del Tribunal central, lejos de reducirse, se han ampliado, así como sus órganos judiciales. Su competencia más famosa, el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, tampoco ha sufrido cambios, a pesar de la vocación de transitoriedad que muestra la previsión normativa en la que se contiene, y de la desaparición de ETA, principal razón de su institución.

El fin de ETA pudo ser una buena oportunidad para este trasvase de competencias, que, por supuesto, fue desaprovechada. De hecho, para algún sector, aunque reconozca que las competencias deberían sufrir una redefinición¹¹⁸³, el terrorismo yihadista justifica el mantenimiento de la concreta competencia sobre estos delitos¹¹⁸⁴. La anterior no es la opinión mayoritaria, pues gran parte de la doctrina, y me incluyo, defiende el trasvase de la competencia para conocer de los delitos de terrorismo a los Juzgados de Instrucción, a los Juzgados de lo Penal, a las Audiencias Provinciales, a los Juzgados de Menores y a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria comunes, y así lo propuso de *lege ferenda* el GEPC: “La alternativa que proponemos es la aplicación de las normas ordinarias de

¹¹⁸¹ ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, pág. 195; MAQUEDA ABREU, *ADPCP*, T. 39, Fasc/Mes 2, 1986, pág. 484; VERCHER NOGUERA, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (legislación y medidas)*, 1991, págs. 334 y 408; ETXEBERRIA GURIDI, *Revista Vasca de Administración Pública*, N°36, 1, 1993, págs. 73 y ss.

¹¹⁸² STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6; STC 153/1988, de 20 de julio, FJ 3.

¹¹⁸³ ZARAGOZA AGUADO, en: JUANATEY DORADO (Dir.)/FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA (Coord.), *El nuevo panorama del terrorismo en España*, 2013, págs. 102-103, por su parte, opina que “el día que desaparezca el terrorismo de ETA, habrá que redefinir su trabajo y las competencias de este órgano judicial para darle mayor protagonismo en lo que a medio y largo plazo es el gran problema criminal de nuestro tiempo, el crimen organizado transnacional en sus diferentes manifestaciones”.

¹¹⁸⁴ JUANES PECES, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N°5, 2012, pág. 483, que defiende que “la AN no solo no debe desaparecer, sino que cada día su existencia es más necesaria”, y, concretamente en relación con su competencia en materia de terrorismo opina que, “aunque desaparezca ETA, desgraciadamente existen otras formas de terrorismo respecto a las cuales no hay perspectivas a corto plazo de su desaparición (terrorismo yihadista)”. En esta misma línea, GARCÍA VALDÉS, *La ley penal*, N°74, 2010, pág. 73, defiende fervientemente la jurisdicción de la AN para continuar conociendo del “terrorismo islamista”.

atribución de competencia en la instrucción y fallo de los delitos de terrorismo, ya que, con una formación de los jueces adecuada a las necesidades de la sociedad de hoy, una carga competencial razonable, una dotación suficiente de recursos materiales y personales, se pueden alcanzar resultados como mínimo equivalentes a los obtenidos por la AN sin correr los riesgos ni sufrir las consecuencias negativas señaladas”¹¹⁸⁵.

¹¹⁸⁵ GEPC, *Una alternativa*, 2008, pág. 59.

CAPÍTULO IV. El Derecho penal sustantivo antiterrorista

(I). Los delitos de terrorismo y sus implicaciones en materia de derechos fundamentales y de principios rectores del Derecho penal

Vista la amplia problemática que presenta la suspensión individual derechos fundamentales, así como las demás especialidades procesales que presentan los delitos de terrorismo, paso a tratar el Derecho sustantivo antiterrorista desde el mismo prisma. Varias instituciones internacionales de derechos humanos han reclamado en numerosas ocasiones al Estado español la adecuación de todo el acervo antiterrorista a las normas de derechos humanos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, ha denunciado el alcance “potencialmente excesivo de las definiciones de terrorismo en el derecho interno (...), que podrían dar lugar a la violación de varios derechos enunciados en el PIDCP”. Recomienda dar una definición restrictiva al terrorismo y limitar su aplicación a las infracciones que revistan indiscutiblemente un carácter terrorista y merezcan que se las trate en consecuencia. Pero el Comité no solo se refiere a la redacción de las normas, sino también a su aplicación, pues entiende que algunas acciones judiciales ante la AN por delitos de asociación o colaboración con grupos terroristas podrían restringir de modo injustificado la libertad de expresión y de asociación (art. 19 PIDCP)¹¹⁸⁶.

I. Antecedentes legislativos: los delitos de terrorismo desde el fin de la Dictadura franquista hasta 1995¹¹⁸⁷

Desde la muerte del dictador el 20 de noviembre de 1975 hasta la ratificación en referéndum de la CE el 6 de diciembre de 1978, ETA había matado a un total de 84

¹¹⁸⁶ Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados parte con arreglo al art. 40 del Pacto (España), Observaciones finales, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, págs. 3, párr. 10 y 5, párr. 19. Se pronuncia en esta misma dirección PAREDES CASTAÑÓN, en: FERNÁNDEZ TERUELO/GONZÁLEZ TASCÓN/VILLA SIEIRO (Coord.), *Estudios penales Suárez Montes*, 2013, pág. 500.

¹¹⁸⁷ Existen antecedentes históricos más remotos de leyes relativas a la *violencia terrorista* en España. Cabe señalar en primer lugar que a lo largo de la historia española el término terrorismo ha calificado conductas muy distintas y frecuentemente de carácter político, que no se corresponden con la conceptualización actual. La convulsa historia política española del siglo XX influyó sobremanera en el tratamiento penal de las conductas violentas. Durante el periodo dictatorial, por ejemplo, se produjo la criminalización de las actividades políticas que se apartaran de los prácticamente nulos cauces de participación permitidos por el régimen, por lo que la distinción entre el terrorismo y el delito político

quedaba totalmente difuminada (en este sentido: LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, págs. 125-126). Las primeras normas penales en la materia nacen vinculadas al fenómeno anarquista. Se consideran como tales la Ley de 10 de julio de 1894 sobre atentados contra las personas o daños en las cosas cometidos por medio de aparatos o sustancias explosivas y la Ley para la represión de los atentados anarquistas de 2 de septiembre de 1896. Las citadas normas se caracterizaban por la utilización de criterios exclusivamente objetivos en la descripción de las conductas, cuya piedra angular era el medio empleado. Años más tarde, el CP de 1928 reguló los delitos cometidos con explosivos (no recogía el término terrorismo), introduciéndolos de esa forma en la legislación ordinaria. Posteriormente, durante la II República, se sacan este tipo de delitos del CP y se devuelven a la legislación especial. Destaca la Ley de 11 de octubre de 1934, que preveía los delitos cometidos mediante explosivos y sustancias inflamables, e introducía por primera vez un elemento subjetivo: “con el propósito de perturbar el orden público, atemorizar a los habitantes de una población o realizar alguna venganza de carácter social”. También la Ley de 23 de noviembre de 1935, modificadora de la Ley de 4 agosto de 1933, de vagos y maleantes, que hace por primera vez mención expresa al término terrorismo. Tras la Guerra Civil, puede citarse en los primeros años de la Dictadura la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, cuyo cometido era suplir la falta de un CP acorde a los principios franquistas. En su art. 9 preveía lo siguiente: “El que ejecutare actos encaminados a la destrucción de obras, fábricas u otras dependencias militares, iglesias y otros edificios, puentes, diques, puertos, canales, embalses y vías de comunicación, materiales de transporte, conducciones de energía eléctrica o de otra fuerza motriz y otras construcciones análogas destinadas al servicio público, minas y polvorines que no pertenezcan al Ejército, depósitos de gasolina u otros combustibles, de naves, aeronaves y aeroplanos, a provocar incendios, emplear sustancias explosivas, inflamables, asfixiante y otras homicidas, a causar catástrofes ferroviarias, naufragios u otros hechos análogos, cuando se cometieren con el fin de atentar contra la seguridad del Estado o el de alterar el orden público, serán castigados con la pena de veinte años de reclusión a muerte. Si a consecuencia del hecho falleciere alguna persona o se causaren lesiones (...) se impondrá en todo caso pena de muerte”. Con la aprobación del CP de 1944, se hace referencia por primera vez en un Código a la expresión “terrorismo”. Se incluyeron en la Sección 2ª “De los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos” del Capítulo XII del Título II “Delitos contra la seguridad interior del Estado”. Se incorporó en el art. 260 CP 1944 el texto del transcrito art. 9 de la Ley de 1941, añadiéndose diversas conductas en los preceptos posteriores, incluso la apología del terrorismo (art. 268). También de esta época puede citarse el Decreto de 18 de abril de 1947, para la represión del bandidaje y terrorismo. Esta última norma daba cobertura legal a las acciones llevadas a cabo por la Guardia Civil y el Ejército para acabar con los guerrilleros antifranquistas (que se consideraban “bandoleros”), y sometía los delitos de terrorismo y bandidaje a la jurisdicción militar. Posteriormente, se aprobó el Decreto 1794/1960, de 21 de septiembre, sobre rebelión militar, bandidaje y terrorismo. La Ley 154/1963, de 2 de diciembre, sobre creación del Juzgado y Tribunales de Orden Público, conocería de los delitos previstos como de rebelión militar en el Decreto de 21 de septiembre de 1960. En 1971, se aprueban con misma fecha de 15 de noviembre las Leyes 42/1971 y 44/1971, muy importantes en la materia. La Ley 42/1971, de 15 de noviembre, que adicionaba al Código de Justicia Militar un Capítulo I bis, en el Título IX, Tratado II, con la rúbrica “Terrorismo”. En el art. 294 bis a) del citado Código, se preveía el castigo para “los que, perteneciendo o actuando al servicio de organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de atentar contra la unidad de la patria, la integridad de sus territorios o el orden institucional, alterasen la paz pública mediante la provocación de explosiones, incendios, naufragios, descarrilamientos, perturbación de comunicaciones, derrumbamientos, inundaciones o voladuras u otros hechos análogos o emplearen cualesquiera medios o artificios que puedan ocasionar graves estragos, (...)”; en su art. 294 bis b) a los que “perteneciendo o actuando al servicio de las organizaciones o grupos a que se refiere el artículo anterior que, con los mismos fines o con propósitos intimidativos o de represalia para favorecerlos, atentaren contra las personas, (...)”; y, en su art. 294 bis c), se preveía el castigo para los que, con la finalidad de allegar fondos a las citadas organizaciones o grupos o con el propósito de favorecer sus fines, atentaren contra la propiedad. La Ley 44/1971, por su parte, revisa y modifica algunos contenidos del CP 1944. Esta reforma separa el conocimiento de dichos delitos: las acciones “que provienen de grupos u organizaciones con carácter de mayor permanencia, debe encomendarse a la Jurisdicción Militar”, mientras que será competente la jurisdicción ordinaria para enjuiciar los actos terroristas “realizados individualmente o, por grupos no organizados ni estables, y la simple pertenencia a éstos”. Como última norma en la materia antes de la muerte del dictador puede citarse el Decreto Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo, que, entre otros aspectos, agravaba las penas en caso de que los delitos de terrorismo estuvieran dirigidos contra “la autoridad, agente de la autoridad, miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad del Estado, y demás funcionarios públicos”. Sobre esta evolución jurídico-histórica de la legislación antiterrorista pueden verse: LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, págs. 97-191;

personas, sucediéndose después unos años de violencia por parte de la organización especialmente sangrientos. La década de los años ochenta fue, de hecho, la más letal de organización, con un total de 484 víctimas mortales, teniendo lugar en 1987 dos de sus más graves atentados, el de Hipercor en Barcelona¹¹⁸⁸ y el de la Casa Cuartel de Zaragoza¹¹⁸⁹. Estas circunstancias tuvieron mucho que ver en la legislación antiterrorista, que hasta la aprobación del CP 1995 fue muy cambiante.

En el periodo entre la muerte de Franco y la aprobación de la CE, se aprobaron varias normas que afectaban a la configuración penal de los delitos de terrorismo. Mediante el Decreto Ley 2/1976, de 18 de febrero, se regulaba la competencia para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, que se atribuían a la jurisdicción ordinaria, salvo que los hechos hubieran sido ejecutados por grupos armados con organización de tipo militar o paramilitar, tendiendo a atacar el orden institucional y produciendo una situación de alarma o grave alteración del orden público, siendo entonces competente para su conocimiento la jurisdicción militar.

A principios del año siguiente, el mismo día 4 de enero, se aprueban: el Real Decreto-Ley 1/1977 que crea la AN; el Real Decreto-Ley 2/1977, que suprime el Tribunal y Juzgados de Orden Público y crea en Madrid dos nuevos Juzgados de Instrucción; y el Real Decreto-Ley 3/1977, sobre competencia jurisdiccional en materia de terrorismo, cuyo objeto fue someter la delincuencia terrorista a la AN y los Juzgados Centrales de Instrucción¹¹⁹⁰.

Hasta la aprobación de la CE estuvo vigente el Real Decreto-Ley 21/1978, de 30 de junio, de medidas en relación con los delitos cometidos por grupos y bandas armadas. Esta norma fue sucedida, escasos días antes de la aprobación de la CE, por la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo

EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo, su concepto*, 1985, págs. 77-84; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, págs. 69-73; VERCHER NOGUERA, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (legislación y medidas)*, 1991, págs. 261-266.

¹¹⁸⁸ El 19 de junio de 1987 ETA perpetró un atentado con coche bomba en el parking subterráneo de la tienda Hipercor de la Avenida Meridiana de la ciudad de Barcelona. Fue el atentado más grave realizado por la organización, en el que fueron asesinadas 21 personas y 45 resultaron heridas de diversa gravedad.

¹¹⁸⁹ El 11 de diciembre de 1987 ETA cometió un atentado con un coche bomba en la casa cuartel de la Guardia Civil en Zaragoza, matando a 11 personas, entre ellas, seis menores de edad y ocasionando 88 heridos, la mayoría de ellos civiles.

¹¹⁹⁰ Su art. 1 preveía que “la instrucción, conocimiento y fallo de las causas por los delitos de terrorismo corresponderá exclusivamente a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la AN, sin más excepciones que las que resulten de la aplicación de los artículos noveno y trece del Código de Justicia Militar”.

cometidos por grupos armados. Esta norma, iniciativa del Ministerio del Interior, vino a coincidir con lo que momentos más tarde quedó consagrado constitucionalmente en el art. 55.2 CE, precepto cuya inclusión en la CE también fue iniciativa de esa misma cartera.

El de 6 diciembre de 1978 se promulga nuestra CE, que menciona expresamente el terrorismo en dos ocasiones: 13.3 y 55.2 CE, cristalizando constitucionalmente este último una situación de excepción ejecutiva y procesal para los investigados por terrorismo¹¹⁹¹.

El 28 de diciembre de 1978, un día antes de la entrada en vigor de la CE, se aprobó la Ley 82/1978, de modificación del CP en materia de terrorismo, que suprimía formalmente los delitos de terrorismo, pues eliminaba mención alguna al término (únicamente lo mantuvo en la intitulación de la norma de modificación); y prescindía de la concurrencia de finalidades en la tipificación de los delitos (en un intento por despolitizar el terrorismo).

Tras la aprobación de la CE, las normas en la materia siguieron sucediéndose. Solo en 1979, pueden mencionarse tres. La primera de ellas fue el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, que preveía la apología y colaboración con personas o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos. Fue tachado por la doctrina de inconstitucional¹¹⁹² por prever conductas delictivas mediante un Real Decreto-Ley, y así lo reconocieron también algunos Diputados en la sesión de convalidación del mismo en el Congreso¹¹⁹³.

¹¹⁹¹ Sobre el precepto, su proceso constituyente y su desarrollo legal ya he tenido ocasión de pronunciarlo. Ver *supra*: El art. 55.2 y la constitucionalización de la excepción en materia de terrorismo en España.

¹¹⁹² GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1999, págs. 28-29; BOBILLO DE LA PEÑA, *REP*, N°48, 1985, pág. 63; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, págs. 115-116 y 120; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del estado social*, 1988, pág. 129-130; REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, 1999, págs. 249-250.

¹¹⁹³ Durante la sesión de convalidación en el Congreso del citado Real Decreto-Ley, algunos diputados lo pusieron de manifiesto. Por ejemplo, el Diputado Solé Turá: “Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el Decreto-ley es, a nuestro entender, clara y rotundamente anticonstitucional. (...) Yo no sé dónde está esta ‘extraordinaria y urgente necesidad’, porque si es cierto que estamos ante una ofensiva terrorista, esta no ha cambiado de cualidad desde que las Cortes fueron disueltas. (...) Pero es que, además, el art. 86.1, lo que dice es que la legislación de urgencia no podrá afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I. Y aquí se afecta clarísimamente y sin ninguna clase de discusión”. Por su parte, el Diputado Peces-Barba Martínez: “el Decreto-ley infringe claramente los límites del art. 86, (...) efectivamente estos derechos y libertades se ven afectados por diversos artículos. Se ve afectado el principio de legalidad por la creación de nuevos tipos penales que se crean en el Decreto-Ley (...); por la modificación que se produce del art. 24.2, que establece el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley al otorgar competencias nuevas a la AN (...). Al mismo tiempo, (...) una violación del principio de irretroactividad de la norma que establece el art. 9.3 CE, en tanto en cuanto la aplicación del procedimiento que en el Decreto-Ley se da con carácter retroactivo puede producir restricción de derechos individuales -y de hecho los produce-, puesto que hay supuestos en los cuales, por

También se aprobó el 26 de septiembre la LOGP, que, en su art. 51.2 preveía (y prevé) la posibilidad de suspensión o intervención de las comunicaciones de los internos con sus abogados en supuestos de terrorismo si así lo autoriza el órgano judicial competente¹¹⁹⁴. Y, en tercer lugar, se aprobó el Real Decreto-Ley 19/1979, de 23 de noviembre, por el que se modifica parcialmente el Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, que creó la AN y se prorroga la vigencia de la Ley 56/1978, de 4 de diciembre. Como el anteriormente citado, también adolecía de inconstitucionalidad¹¹⁹⁵.

La siguiente norma relevante fue la LO 11/1980, de desarrollo del art. 55.2 CE¹¹⁹⁶. Al año siguiente, se aprobó la LO 2/1981, de 4 de mayo, que modificaba el CP. Mediante la citada Ley se añadieron al CP, entre otros, los arts. 174 bis a)¹¹⁹⁷, 174 bis b)¹¹⁹⁸ y 174 bis c)¹¹⁹⁹, todos relativos a la colaboración con las bandas armadas a las que hacía referencia la LO 11/1980.

ejemplo, se limitan las facultades del juez en relación con la libertad, y porque se limita el derecho a los recursos. (...) la inconstitucionalidad, que se produce de manera clara, de manera grave, en esta norma, por llamarla de alguna manera, [es] ejemplo de libro de una arbitrariedad legal". Y el Diputado Vizcaya Retana: "El presente Decreto-ley es manifiestamente anticonstitucional porque viola flagrantemente, (...) el art. 86; porque, y esta es una aportación mía, viola el art. 55 en cuanto (...) nos introduce en una situación excepcional de hecho, puesto que la ambigüedad las imprecisiones que mis compañeros han establecido pueden afectar a todos los ciudadanos y no ya a unos individuos pertenecientes a concretas y determinadas bandas armadas, como se dice en la CE; porque se establecen tipos penales nuevos y, además, con una ambigüedad asombrosa que, cuando menos, producen indefensión e inseguridad". Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 6 de febrero de 1979, págs. 42-43, 47 y 50, consulta: https://www.congreso.es/public_oficiales/LO/CONG/DS/DP_002.PDF (último acceso 19/03/2023).

¹¹⁹⁴ Se trata de presupuestos cumulativos, como ha declarado el TC en su STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5.

¹¹⁹⁵ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, pág. 180.

¹¹⁹⁶ El Parlamento Vasco interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra ella, que fue desestimatorio por falta de legitimación de la citada asamblea legislativa autonómica (STC 25/1981, de 14 de julio).

¹¹⁹⁷ "Serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de cien mil a quinientas mil pesetas las personas que pertenezcan a los grupos o bandas armadas a que se refiere la LO 11/1980, de 1 de diciembre; las que asistieren a cursos o campos de entrenamiento de los mismos y las que mantuvieren relaciones de cooperación con bandas armadas o grupos terroristas extranjeros".

¹¹⁹⁸ "Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de cien mil a quinientas mil pesetas, salvo que por la aplicación de otros preceptos correspondiera una pena más grave, el que obtenga, recabe o facilite de cualquier modo información, vehículos, alojamientos o locales, armas o explosivos u otros medios materiales, o cooperación económica y el que realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan: a) La fundación, organización o reconstitución de las bandas o grupos armados a que se refiere la LO 11/1980, de 1 de diciembre, y la organización, la planificación o la realización de las actividades de cualquier clase de las referidas bandas o grupos armados. b) La comisión de cualquier clase de delito por persona o personas integradas en dichas bandas o grupos armados en el ámbito de los objetivos y actividades de los mismos. Cuando como consecuencia de lo previsto en este apartado se produzca la muerte de una o más personas, la pena se elevará a reclusión mayor".

¹¹⁹⁹ "El integrante, colaborador o cooperador de los grupos o bandas armadas que espontáneamente coadyuvare con las Fuerzas de Seguridad o con la Autoridad Judicial con actos suficientes para evitar la comisión del delito o aminorar sus efectos, o aporte pruebas definitivas para la identificación o la captura de los partícipes, se le rebajará en dos grados la pena que le correspondiera por su participación en dichos delitos. / Las personas comprendidas en los arts. 174 bis, a), y 174 bis, b), que colaboraren con las Fuerzas

La mencionada LO 11/1980, fue derogada a su vez por la aprobación de la LO 9/1984, cuya vigencia se extendió hasta el año 1988¹²⁰⁰. La LO 9/1984, como ya he tenido ocasión de advertir anteriormente, se aprobó como un conglomerado de normas penales-sustantivas, procesales y de desarrollo del art. 55.2 CE. En lo que aquí interesa, amplió considerablemente el ámbito de aplicación de la ley. Así, disponía que aquella ley orgánica se aplicaba a las personas integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes que proyectaran, organizaran o ejecutaran los delitos que se especificaban en una extensa lista¹²⁰¹, y las que cooperaran en ellos o provocaran a la participación en los mismos, o encubrieran a los implicados. También se aplicaba a las personas que hicieran apología de tales delitos¹²⁰².

Ese año se aprobaron la LO 3/1988 y la LO 4/1988, de reforma del CP y la LECrim respectivamente, que supusieron el trasvase del contenido de la LO 9/1984 a la legislación ordinaria hasta la aprobación del CP en 1995.

He comenzado el epígrafe haciendo alusión a la etapa especialmente intensa de actividad terrorista por la que atravesaba España en los primeros años de la democracia y hasta la década de los noventa. Las normas antiterroristas de la época, aunque criticables en muchos aspectos, estaban caracterizadas por constituir leyes excepcionales en un periodo violento, cuya vigencia temporal era limitada en muchos casos. No obstante, aunque la situación violenta ha ido disminuyendo (hasta incluso desaparecer la organización que había motivado la situación legislativa excepcional), la regulación no

de Seguridad o la Autoridad Judicial en el descubrimiento o desarticulación de bandas o grupos armados, se beneficiarán igualmente de la rebaja de la pena establecida en el párrafo anterior”.

¹²⁰⁰ Aunque varias de sus previsiones fueron declaradas inconstitucionales por la STC 199/1987, de 16 de diciembre.

¹²⁰¹ “a) Delitos contra la vida y la integridad de las personas; b) Atentados contra la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos y sus familiares; c) Detenciones ilegales, secuestros bajo rescate o cualquier otra condición o con simulación de funciones públicas; d) Asaltos a establecimientos militares y de las Fuerzas de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas y de los entes locales, instalaciones y centros de comunicación, trenes, buques, aeronaves, automóviles, edificios públicos, oficinas bancarias, recaudatorias, mercantiles u otras en que se conserven caudales, así como polvorines, armerías y centros sanitarios; e) Coacciones, amenazas o extorsiones; f) Incendios u otros estragos; g) Delitos contra el Jefe del Estado y su sucesor, contra los altos Organismos de la Nación, contra la forma de Gobierno y delitos contra la seguridad exterior del Estado; h) Rebelión; i) Tenencia o depósito de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, manipulación, transporte o suministro; j) La constitución de entidades, organizaciones, bandas o grupos formados para la actividad terrorista o rebelde, la pertenencia a los mismos y los actos de cooperación o colaboración con sus actividades; k) Cualesquiera otros delitos realizados por las personas comprendidas en el número 1, cuando la comisión de los mismos contribuya a la actividad terrorista o rebelde, así como los delitos conexos y los cometidos en cooperación con dichas actividades o individuos”.

¹²⁰² Previsión declarada inconstitucional por la STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4.

ha hecho más que expandirse, acabando por conformar un auténtico régimen especial dentro de la legislación ordinaria.

II. Cuestiones generales de la legislación penal en materia de terrorismo: de 1995 a 2019

La regulación del terrorismo en el CP también ha sido convulsa, sufriendo, desde 1995, reformas significativas en los años 2000, 2003, 2010, 2015 y 2019¹²⁰³, demostrando con ello la variabilidad de criterios en materia antiterrorista, lo que resulta poco compatible con la estabilidad necesaria en un Código¹²⁰⁴. Todo ello, desoyendo la crítica mayoritaria de la doctrina a estas sucesivas legislaciones¹²⁰⁵.

Estas sucesivas modificaciones, lejos de mejorar la ya vaga legislación en la materia, han ido difuminando los elementos que para la doctrina mayoritaria debería reunir una conducta para ser calificada como terrorista, para acabar en 2015 por romper definitivamente con ellos, eliminando el elemento estructural y ampliando sobremano los elementos objetivo y subjetivo, convirtiéndose este último en el aspecto nuclear de la definición de los delitos de terrorismo.

La redacción originaria de 1995 recogía los delitos de terrorismo y la pertenencia o dirección de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas en ubicaciones distintas del CP (en la Sección 2ª del Capítulo VII del Título XXII y en los arts. 515 y 516 CP, respectivamente¹²⁰⁶). La configuración de los delitos de terrorismo exigía en el art. 571 un elemento estructural y un elemento teleológico alternativo (subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública). En la Sección se mencionaban una serie de delitos comunes (contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad, estragos e incendios, depósito, tenencia y tráfico de armas, municiones o explosivos y

¹²⁰³ Ha sufrido modificaciones puntuales en otras ocasiones. Sobre esto, LANDA GOROSTIZA, en: *Derechos, libertades y razón de Estado*, 2005, págs. 49-60.

¹²⁰⁴ QUINTERO OLIVARES, en: MORENO CATENA/ARNAIZ SERRANO (Dir.)/MARTÍNEZ SOTO (Coord.), *El Estado de Derecho a prueba*, 2017, pág. 18.

¹²⁰⁵ Ejemplos significativos de la crítica mayoritaria por parte de la doctrina española a aspectos de la legislación antiterrorista pueden verse en: las respuestas a la encuesta realizada en: ARROYO ZAPATERO/CRESPO BARQUERO/GONZÁLEZ CUSSAC/QUINTERO OLIVARES/ORTS BERENGUER, *La reforma del Código Penal*, 2006, págs. 161-171, a la pregunta ¿Estima satisfactoria la actual regulación de los delitos de terrorismo?; GEPC, *Una alternativa*, 2008, firmado por cincuenta y cuatro penalistas; o, en relación únicamente con los delitos de expresión, entre los que se encuentra el delito de enaltecimiento del terrorismo, GEPC, *Una propuesta*, 2020, págs. 44-49, firmado por casi cien penalistas.

¹²⁰⁶ Estos últimos preceptos, designaban a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas como asociaciones ilícitas, y las ubicaba sistemáticamente dentro de la rúbrica “De los delitos contra la Constitución”.

contra el patrimonio que tuvieran el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas o con el propósito de favorecer sus finalidades), que, dándose los elementos mencionados anteriormente, esto es, estructural y teleológico, tendrían el carácter de terroristas, con la automática agravación de sus penas¹²⁰⁷.

La siguiente reforma importante relativa a la definición de este grupo de delitos fue la operada por la LO 5/2010¹²⁰⁸. La versión de 2010 eliminaba la referencia a las bandas armadas y definía las organizaciones o grupos terroristas como aquellas que tienen finalidad subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, de acuerdo con el anterior art. 571. El art. 572 se ocupaba de los delitos de terrorismo, regulando como tales una serie de delitos comunes (estragos o incendios, contra la vida, contra la integridad física o contra la libertad) que debían ser cometidos por los que pertenecieran, actuaran al servicio o colaboraran con una organización o grupo terrorista¹²⁰⁹.

La LO 2/2015 fue la reforma mediante la que se configuró la actual *definición*¹²¹⁰ de los delitos de terrorismo. Por su importancia para el estudio, a ella le dedico las siguientes páginas del trabajo. Ahora bien, cabe señalar que la definición no es ni mucho menos el único aspecto problemático de la reforma. La actual legislación exacerba (aún más) las penas por terrorismo y está basada prácticamente de forma exclusiva en criterios de seguridad y eficacia, y amplía las conductas típicas a fases muy alejadas de la real puesta en peligro de bienes jurídicos. Así, se han elevado a delitos consumados actos preparatorios, e, incluso, como ya se ha indicado por algunos autores, se han tipificado

¹²⁰⁷ También se preveía el delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista; una previsión relativa al “terrorismo individual”; la penalización de los actos preparatorios; y, por último, la previsión omnicomprendiva y muy criticada del art. 574, que disponía que “cualquier otra infracción (delito o falta)” cometida por los pertenecientes o actuantes al servicio de una organización, grupo terrorista o banda armada con las finalidades expresadas, sería castigada con la pena prevista en su mitad superior.

¹²⁰⁸ Entre 1995 y 2010 se habían dado dos reformas esenciales en materia de terrorismo, pero no referidas a su definición, sino a otros aspectos. Por un lado, la LO 7/2000 se centró en la modificación de algunos delitos específicos de terrorismo, concretamente: introduce en el art. 577 el “terrorismo urbano” (nomenclatura del propio Preámbulo de la norma); tipifica el enaltecimiento y humillación a las víctimas del terrorismo en el 578; y crea el Derecho penal antiterrorista de menores. Y, por otro lado, la LO 7/2003 tuvo como objetivo la modificación de aspectos de índole penológica y de ejecución de la pena. Estos extremos serán objeto de estudio en otros lugares de la tesis.

¹²⁰⁹ Críticas también a esta aproximación pueden verse en: CANCIO MELIÁ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), *Estudios*, 2011, págs. 643-670.

¹²¹⁰ Como señala CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma*, 2015, págs. 39, el Preámbulo de la LO 2/2015 habla de una nueva definición de los delitos de terrorismo, pero lo cierto es que el art. 573 CP no define el terrorismo, sino que opta por considerar tal a la unión de una serie de elementos.

actos preparatorios de otros actos preparatorios¹²¹¹. Y, en un afán por abarcar todos los supuestos imaginables, el legislador ha promulgado una amalgama de tipos que se solapan entre sí, lo que propicia problemas concursales.

La reforma de 2015 de los delitos de terrorismo se gestó a través de la introducción de doce enmiendas¹²¹² por parte del Grupo Popular durante la tramitación de la ley de reforma del CP (la vigente LO 1/2015). Amnistía Internacional, en un Documento en el que analiza las mencionadas enmiendas del Grupo Popular¹²¹³, lamenta el procedimiento seguido por el Gobierno y el grupo parlamentario PP al presentar, vía enmienda, una reforma legislativa de tal calado. Con la introducción de dichas enmiendas por el grupo mayoritario en el Congreso (PP), las autoridades del Ministerio del Interior y del Ministerio de Justicia sustrajeron el examen de esas modificaciones del preceptivo informe que correspondería al CGPJ¹²¹⁴. Este agravio también fue puesto de manifiesto por el propio CGPJ, expresando que una reforma tan importante no debía realizarse a través de enmiendas. El Grupo Socialista pidió en el Congreso que las reformas en materia de terrorismo se remitieran de nuevo al CGPJ, pero el Grupo Popular votó en contra, impidiendo el informe¹²¹⁵.

A principios de febrero de 2015 se produce un giro de los acontecimientos. Como respuesta inmediata a los atentados en Francia entre el 7 y el 9 de enero¹²¹⁶ y a los de

¹²¹¹ Sobre ello: BARBER BURUSCO, *CPC*, N°116, 2015, págs. 33-74; ALONSO RIMO, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, págs. 215-260.

¹²¹² Enmiendas 874-885, BOCG de 10 de diciembre de 2014, págs. 576-586. Pueden consultarse en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF#page=1 (último acceso 19/03/2023).

¹²¹³ “Análisis de Amnistía Internacional a las enmiendas presentadas por el Grupo Popular en materia de terrorismo”, Sección Española de Amnistía Internacional, enero de 2015, págs. 4-5. Puede consultarse en informe completo en la siguiente dirección: https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/search?fq=mssearch_fld13&fv=EUR4110015 (último acceso 19/03/2023).

¹²¹⁴ El citado órgano debe emitir informes sobre normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los tribunales, leyes penales y normas sobre régimen penitenciario (y el hecho de que el CGPJ emitiera informe sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma del CP previamente a su remisión a Cortes, no subsana el hecho de que se haya pasado por alto ese procedimiento de consulta).

¹²¹⁵ En ese sentido se pronunció Roser Bach Fabregó, vocal del CGPJ, en una entrevista de 13 de enero de 2015. Puede consultarse en: http://www.eldiario.es/politica/Roser-Bach_0_345416325.html (último acceso 19/03/2023).

¹²¹⁶ El 7 de enero de 2015 se produjo en París un atentado contra el semanario satírico *Charlie Hebdo*. Dos hermanos enmascarados y armados con fusiles de asalto y otras armas entraron en las oficinas del medio de comunicación. Realizaron un tiroteo en el que murieron doce personas (once en las oficinas y un policía francés, fuera) y otras once resultaron heridas. Los perpetradores del tiroteo se identificaron como miembros de Al-Qaeda en la Península Arábiga (Al-Qaeda en Yemen), organización que posteriormente se adjudicó el atentado. Al día siguiente, el 8 de enero de 2015, otro sujeto mató a una policía municipal e hirió de gravedad a otra persona en el municipio francés de Montrouge. El 9 de enero,

Copenhague perpetrados semanas después¹²¹⁷, y en supuesta aplicación de la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad (en la que, como se ha señalado, se urgía a los Estados miembros la modificación de sus legislaciones internas para la persecución y castigo de los combatientes terroristas extranjeros y de los lobos solitarios), el PP y el PSOE firman un pacto antiterrorista el 2 de febrero de 2015 titulado “Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades en la lucha contra el terrorismo”, del que emana una Proposición de LO de reforma de los delitos de terrorismo (la LO 2/2015), la cual, dicho sea de paso, tampoco se sometió a examen por parte del CGPJ.

El 30 de marzo de 2015, con el apoyo de los Grupos Popular y Socialista y de cuatro diputados del Grupo Mixto, se aprobó la LO 2/2015, con el texto de la Proposición de LO presentado casi intacto¹²¹⁸. Se trata de una norma aprobada desoyendo la inmensa mayoría de las enmiendas presentadas por los demás grupos parlamentarios, pues gran parte de las modificaciones que se realizaron al texto original fueron de poca importancia o de simple mejora técnica y admitió únicamente una modificación sustantiva al texto original, propuesta por el PSOE, relativa a los desórdenes públicos de naturaleza terrorista.

En mi opinión, con esta reforma el legislador español avanza en la deformación del tratamiento jurídico del terrorismo. Como he tenido ocasión de plasmar anteriormente, el legislador, a partir de la aprobación de CE, ha considerado al terrorismo como una especie de situación de emergencia normalizada y continua, que ha dado lugar a una permanente suspensión de derechos fundamentales de los procesados (y condenados) por terrorismo. Ahora, da un paso más en esa consideración del terrorismo, y lo combina con la guerra definitivamente¹²¹⁹. Utiliza reiteradamente en el Preámbulo

este mismo sujeto tomó como rehenes a varios clientes de un supermercado de comida kósher en París y mató a cuatro de ellos antes de ser abatido por la policía.

¹²¹⁷ Los días 14 y el 15 de febrero de 2015 se produjeron dos atentados en la capital de Dinamarca. El 14 de febrero un sujeto mató a un cineasta que se asistía a un seminario sobre “Arte, blasfemia y libertad de expresión” en un centro cultural de Copenhague, organizado en honor de las víctimas contra Charlie Hebdo, e hirió a tres policías. En la madrugada del domingo 15, el mismo sujeto abrió fuego en las inmediaciones de una sinagoga matando a una persona e hiriendo a dos agentes de policía.

¹²¹⁸ Puede consultarse aquí todo el proceso legislativo: https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mod_e=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=X&_iniciativas_id=122%2F000189 (último acceso 19/03/2023).

¹²¹⁹ Ya lo advertía CANCIO MELIÁ, *JpD*, N°44, 2002, pág. 23, refiriéndose a las modificaciones operadas por la LO 7/2000: “Se trata de infracciones en las que se presenta con mayor nitidez el discurso paralelo a la guerra”. Parecidas consideraciones realiza PÉREZ CEPEDA, en: GARCÍA RIVAS/RODRÍGUEZ YAGÜE (et. al.), *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, 2007, págs. 98-104.

de la LO 2/2015 un lenguaje con referencias a la guerra (*enemigos, combatientes, escenarios de conflicto bélico, territorios controlados, unirse a las filas, nuevas formas de agresión...*), que confunde los ya de por sí conflictivos límites entre *terrorismo y guerra*, ambos intercambiables y entremezclados según cuáles sean los intereses de los poderes públicos de los distintos Estados. La utilización de este lenguaje no es casualidad, y demuestra lo que parte de la doctrina viene diagnosticando desde hace años: por un lado, la tendencia involucionista de nuestro Derecho penal, que infiltra en su seno marcas propias del Derecho penal del enemigo¹²²⁰; y, por otro, la ilegítima utilización de la guerra para lidiar con formas de violencia delictiva¹²²¹.

Antes de tratar el contenido específico de esta reestructuración penal, cabe enunciar dos objeciones principales a las motivaciones de la reforma, que se irán desarrollando a lo largo de las páginas siguientes. En primer lugar, el Preámbulo señala la necesidad de reforma pues “es evidente que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional”. Se debe tener en cuenta que España contaba con una de las legislaciones penales antiterroristas más desarrolladas, principalmente, para hacer frente a la grave violencia que durante décadas había perpetrado ETA, que ya preveía en su articulado una rica variedad de conductas terroristas y relacionadas con el terrorismo, que sin ninguna duda podían hacer frente a cualquier otro alegado tipo de terrorismo¹²²². En segundo lugar, el Preámbulo justifica la reforma (y esto también es aplicable para las modificaciones introducidas por la LO 1/2019) atendiendo a los mandatos internacionales de tipificación de ciertas conductas¹²²³. Aunque esto es cierto, y como se ha visto anteriormente, son fuertes y variados estos mandatos internacionales en materia de terrorismo, también es cierto que el legislador español se ha sobrepasado manifiestamente respecto de lo que estos instrumentos recogen (con independencia de que estos instrumentos puedan ser objeto de crítica), y no ha respetado en algunos extremos los reiterados considerandos de

¹²²⁰ Ver *supra*: Breve referencia a un contramodelo: el Derecho penal del enemigo, y, concretamente, n.p. 393.

¹²²¹ FERRAJOLI, *Razones jurídicas para el pacifismo*, 2004, pág. 59.

¹²²² Ejemplos de cómo las conductas de los nuevos delitos introducidos por el legislador de 2015 podían subsumirse perfectamente en los anteriores preceptos: CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio*, 2019, págs. 150-151.

¹²²³ La reforma de 2015 se apoyó, en la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad y en el Protocolo Adicional del Consejo de Europa de 2015. La reforma de 2019, se justificó en la transposición de la Directiva 541/2017.

las normas internacionales en lo que al respeto de los derechos humanos se refiere. La Resolución 2178 insiste en que las medidas que contiene deberán implementarse respetando al mismo tiempo los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumpliendo las demás obligaciones dimanantes del derecho internacional (por ejemplo, las obligaciones en materia de derecho de los refugiados o de DIH). Parecidas consideraciones realizan el Protocolo Adicional en su art. 8 y el Considerando (35) de la Directiva 2017/541. Estos dos últimos instrumentos, además, hacen referencia específica al respeto al principio de proporcionalidad, y, la Directiva, también al principio de legalidad penal.

El cuadro estructural de delitos de terrorismo tras la reforma de 2015 es el siguiente:

- La Sección 1ª del Capítulo se titula “De las organizaciones y grupos terroristas”, y contiene dos artículos (571 y 572). Estos recogen las definiciones de lo que constituye “organización” y “grupo terrorista”, y las penas aparejadas a los sujetos que promuevan, constituyan, organicen, dirijan o integren dichas organizaciones o grupos.

- La Sección 2ª se ocupa “De los delitos de terrorismo”. Su primer precepto (573) contiene la nueva *definición* de los delitos de terrorismo, cuyas penas se prevén en el art. 573 bis. El art. 574 castiga aquellas conductas relacionadas con el depósito de armas y explosivos, su fabricación, tráfico, suministro o su mera colocación o empleo, cuando se persigan las finalidades enumeradas en el art. 573.1; el art. 575 tipifica la recepción de adoctrinamiento o adiestramiento con finalidad terrorista, las figuras del autoadiestramiento y autoadoctrinamiento, y el traslado o establecimiento al extranjero con los mismos fines; el art. 576 se ocupa de las conductas de financiación del terrorismo; el art. 577 penaliza la colaboración; el art. 578 castiga las conductas enaltecedoras o justificadoras del terrorismo y los actos de humillación, menosprecio y descrédito de las víctimas de terrorismo y sus familiares; el art. 579 recoge la difusión pública de mensajes o consignas idóneos para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo, y los demás actos de provocación, conspiración y proposición; el art. 579 bis, establece varios extremos de diversa índole (penas de inhabilitación, medidas de libertad vigilada, atenuante específica de abandono, confesión y colaboración, y la posibilidad del órgano judicial de atenuar en uno o dos grados la pena cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad); y, por último, el art. 580, equipara las sentencias extranjeras por terrorismo a las españolas a efectos de reincidencia.

Los delitos actualmente vigentes plantean problemas concursales (tanto dentro de los propios delitos de terrorismo como con otras figuras delictivas) y se desmarcan de algunas de las principales categorías dogmáticas (por ejemplo, de aspectos del *iter criminis*, sobre el juicio de peligro, sobre la autoría y la participación, o sobre la imputación subjetiva)¹²²⁴, además de plantear algunos choques frontales con la CE. Estos extremos y otros se irán desarrollando en los epígrafes siguientes.

III. El bien jurídico protegido por los delitos de terrorismo en la legislación española y las opiniones doctrinales más extendidas

1. El orden público: la ubicación sistemática de los delitos de terrorismo y ¿su bien jurídico protegido?

El primer indicio del que puede partirse a la hora de identificar el bien jurídico protegido por los delitos de terrorismo lo ofrece su localización en el CP: la rúbrica titulada “Delitos contra el orden público”¹²²⁵. La mayoría de la doctrina no se decanta por

¹²²⁴ Aunque estas características no son una novedad en la materia. Sí es cierto que han ido agravándose y haciéndose más notorias con la sucesión de cada reforma, pero ya estaban presentes en las normas antiterroristas del inicio de la democracia. Así lo señalaba ARROYO ZAPATERO, *Reforma política y derecho: actas*, 1985, págs. 201-202.

¹²²⁵ La rúbrica actual “Delitos contra el orden público” responde a una tradición legislativa nacida con el CP 1870, que denominaba de esta forma al Título III de su Libro II y en el que incluía, entre otros, los delitos de rebelión, sedición, atentado, desacato y desórdenes públicos. Con la aprobación del CP 1944 se integraron los citados delitos dentro del Título II, rubricado “Delitos contra la seguridad interior del Estado” (que tenía sus antecedentes a su vez en los CP de 1822 y de 1848), cuyo Capítulo XII, Sección 2ª, se ocupaba de los delitos de terrorismo y de tenencia de explosivos. El CP 1995 dividió aquel Título II en dos, los actuales XXI y XXII, relativos a los “Delitos contra la Constitución” y a los “Delitos contra el orden público”. El StGB, por ejemplo, también prevé el delito relativo a la creación de asociaciones terroristas (§ 129a StGB) bajo la rúbrica “Delitos contra el orden público” (*Straftaten gegen die öffentliche Ordnung*). Ya he señalado cómo algunos autores, al analizar los elementos del terrorismo desde una perspectiva jurídico-penal, según la importancia que den a unos o a otros, se decantan por otras ubicaciones sistemáticas. Muchos apuntan a la rúbrica de los “Delitos contra la Constitución” (ver *supra*: El ataque al sistema político como lesividad específica del terrorismo, y la bibliografía citada en la n.p. 722). Aunque existen otras posibilidades. Así, por ejemplo, una opinión minoritaria defiende que a nivel nacional se debería tipificar el delito de terrorismo como un crimen internacional sobre la base de los criterios propuestos por la AG de la ONU. Esta doctrina defiende que la ubicación sistemática adecuada para estos delitos es la del Título XXIV “Delitos contra la comunidad internacional”, entre los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. En su opinión, esta ubicación se justifica por varias razones: los delitos de terrorismo recogidos en los arts. 571 y ss. del CP han sido incluidos por el legislador dentro del catálogo de delitos para los que se encuentra vigente el principio de justicia universal (art. 23.4 LOPJ), que determina la competencia española para juzgar aquellos delitos que afectan a los valores superiores sobre los que se constituye la comunidad internacional; y porque el fenómeno del terrorismo tiene una cierta relación con los crímenes contra la humanidad, pues en ambos casos, la población civil es el objeto del recurso a la violencia. De esta última opinión: OLÁSULO ALONSO/PÉREZ CEPEDA, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, 2008, págs. 164-165.

este bien jurídico para los delitos de terrorismo, aunque alguna posición minoritaria si lo entiende como tal¹²²⁶.

El orden público es un concepto jurídico indeterminado. Se trata de una de las expresiones más polivalentes del vocabulario jurídico, que se caracteriza por la mutación de su significado en función del sector del ordenamiento en el que aparece¹²²⁷ y de la época en la que pretenda aplicarse¹²²⁸. Lo único que sí está claro, es que su concepto deberá necesariamente adecuarse a la CE, pues “la noción de orden público no es la misma en un sistema político autocrático¹²²⁹ que en un Estado social y democrático de Derecho^{1230»1231}.

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la CE recoge el término orden público en dos ocasiones, lo que debe servirnos a la hora de interpretar este concepto conforme a la Carta Magna. Primero, menciona el orden público como límite al derecho fundamental a manifestar la propia ideología o religión en el art. 16.1 CE: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades *sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*” (es decir, un orden público tipificado, definido y delimitado por las leyes¹²³²). Se interpreta aquí el concepto en el sentido “ideal” o “amplio”, y su redacción obliga a considerarlo como límite deducido del propio sistema jurídico y, dentro de él, de la CE, lo que lo conecta con la idea de orden democrático constituido donde se realiza la máxima tutela de los derechos fundamentales, la dignidad humana y los valores superiores del ordenamiento jurídico¹²³³. Y, en segundo lugar, el orden público aparece como límite al derecho de reunión y manifestación en el art. 21.2 CE: “En los

¹²²⁶ EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo, su concepto*, 1985, pág. 89: “la seguridad y orden públicos”; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/PIÑOL RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO, *Manual PE*, T.II, 7ª ed., 2018, págs. 827: “el orden público, entendido como preservación de los principios, derechos y libertades constitucionales”.

¹²²⁷ Varias ramas del Derecho se han ocupado de la noción de orden público, no habiendo consenso sobre su concepto tampoco en las doctrinas constitucional, administrativa o civil.

¹²²⁸ MONTALVO ABIOL, *RJUAM*, N°22, 2010-II, págs. 197-203.

¹²²⁹ Utiliza este concepto el TC para referirse al periodo dictatorial.

¹²³⁰ Así, por ejemplo, puede citarse la Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público, vigente durante la dictadura franquista, en la que se hacía referencia al concepto de orden público: su art. 1 recogía que “El normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las leyes constituyen el fundamento del orden público”; y su art. art. 2 enumeraba un amplio listado de actos considerados contrarios al orden público.

¹²³¹ STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 4.

¹²³² DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, 2002, pág. 145.

¹²³³ BAUCCELLS LLADÓS, *RGDP*, N°24, 2015, pág. 6.

casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que *solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes*. Este último precepto ofrece una importante pista a la hora de interpretar el concepto de orden público, aunque por la vía de cómo debe ser su alteración. La autoridad solo podrá prohibir una manifestación cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con la concurrencia de peligro para personas o bienes. Indica BAUCELLS LLADÓS que esta redacción obliga a interpretarlo entonces en su sentido “material” o “restringido” (como orden en la calle), si bien dice que este orden material no deja de ser necesario para maximizar el libre ejercicio de los derechos fundamentales como, por ejemplo, la vida y la integridad física (art. 15 CE) o el derecho a la propiedad (art. 33 CE), a los que alude la expresión “peligro para personas y bienes”, por lo que defiende el autor un concepto unitario para ambas limitaciones, que quedaría definido como el estado de normalidad, en el sentido de condiciones mínimas imprescindibles, para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales¹²³⁴.

En el mismo sentido, indica el TC que esta cláusula de orden público como limitación de derechos fundamentales no debe ser interpretada como una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, pues entonces se tornaría en obstáculo de ejercicio del derecho¹²³⁵.

En el plano penal, las opiniones de la doctrina sobre el concepto de orden público y sobre su pertinencia como bien jurídico penal son numerosas. DE BARTOLOMÉ CENZANO pone de manifiesto lo peligrosa y delicada que resulta la recepción del término por el orden jurídico penal, en el que la tipificación de las conductas prohibidas precisa de la mayor claridad y concisión¹²³⁶. Así, la utilización de un concepto de estas características, como señala MUÑOZ CONDE, podría invitar a realizar una interpretación amplia del mismo que abarcaría prácticamente todos los delitos tipificados en el CP, además de otros muchos actos no delictivos, con lo que su valor sistemático sería casi nulo¹²³⁷. Esa misma opinión expresa FARALDO CABANA, apuntando además que el

¹²³⁴ Ibid., pág. 6.

¹²³⁵ En este sentido: STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 11. Se trata de un caso sobre limitación de la libertad religiosa.

¹²³⁶ DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, 2002, pág. 263.

¹²³⁷ MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 24ª ed., 2022, pág. 849. Por ello, defiende que solo sería viable un concepto restringido de orden público como bien jurídico-penal, que sería “la tranquilidad o paz en las

legislador español ha utilizado precisamente ese concepto amplio al nutrir de tipos el Título XXII, noción que abarcaría, así, el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto relacionado con los anteriores¹²³⁸.

Esta inutilidad taxonómica del concepto de orden público también ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia del TS, que llega a decir que se ha visto en el orden público el enunciado de una cláusula puramente formal, que exige acudir, en cada caso concreto, al interés protegido en los distintos tipos penales incluidos bajo su ámbito¹²³⁹. Y el TC, por su parte, también lo ha destacado en reciente jurisprudencia: “[hablando del delito de sedición] pese a su ubicación sistemática como delito contra el orden público, la Sala entiende más correcto, a efectos de ordenación, atender en cada caso concreto al interés protegido en cada uno de los distintos tipos penales incluidos en dicho Título”¹²⁴⁰.

Algunos identifican la noción de orden público con “el uso legítimo de los espacios públicos”¹²⁴¹; con el “orden externo y material de la convivencia ciudadana”¹²⁴² u “orden en la calle”¹²⁴³; otros también con “la tranquilidad o normalidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana”¹²⁴⁴; u otros, como ya he señalado más arriba, con un “estado de normalidad necesario para permitir el ejercicio de los derechos

manifestaciones colectivas de la vida ciudadana”. Esta misma idea se encuentra también en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), *EPB*, 2002, pág. 367.

¹²³⁸ FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, 2012, pág. 213. De esta misma opinión: GONZÁLEZ VAZ, *El delito de autoterrorismo*, 2021, pág. 53, que indica que el concepto de orden público que maneja el legislador debe ser necesariamente un concepto amplio, ya que sería el único modo de englobar en una misma rúbrica conductas de tan distinta índole.

¹²³⁹ STS 459/2019, de 14 de octubre, FJ 4.

¹²⁴⁰ STC 184/2021, de 28 de octubre.

¹²⁴¹ PAREDES CASTAÑÓN, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), *LH Mir Puig*, 2010, págs. 964-968. El autor restringe la definición de orden público a los conflictos sociales que tienen lugar en los espacios públicos, por lo que únicamente determinadas conductas que afecten ilegítimamente a los espacios públicos deberán ser consideradas lesivas para ese bien jurídico.

¹²⁴² CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, 1996, pág. 2090; DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, 2002, pág. 263; GONZÁLEZ CUSSAC, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pág. 69; CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 823.

¹²⁴³ Entre otras: STS 987/2009, de 13 de octubre, FJ 2, señala que el orden público es “(...) aquel simple orden en la calle”. También CERRADA MORENO, *El terrorismo, concepto jurídico*, 2018, pág. 325, que se refiere al “orden callejero”.

¹²⁴⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), *EPB*, 2002, págs. 367 y 586. En sentido similar, ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 79, apunta que “el orden público se refiere a la tranquilidad en el desenvolvimiento de las actividades ordinarias en los espacios públicos”.

y libertades fundamentales”¹²⁴⁵. Alguna doctrina ha optado por combinar algunas de estas definiciones. Así, por ejemplo, JUANATEY DORADO, unifica las tres últimas acepciones en una, ya que la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana equivaldría al necesario orden en la calle que permita el libre ejercicio de los derechos, especialmente de los derechos fundamentales (dentro de los límites que marcan los principios de proporcionalidad e intervención mínima)¹²⁴⁶. LAMARCA PÉREZ, también unifica las dos últimas definiciones, y hace referencia al normal desarrollo de la vida ciudadana y al ejercicio de derechos fundamentales¹²⁴⁷. QUINTERO OLIVARES, lo entiende como el respeto a prohibiciones y órdenes de la Administración orientadas a garantizar la tranquilidad en la calle, por lo que, de esta manera, el orden público sería un marco de mínimas reglas a cumplir para que se pueda desarrollar el programa constitucional de derechos y libertades¹²⁴⁸.

Los delitos de terrorismo comparten el Título relativo a los delitos contra el orden público con tipos penales de muy heterogénea índole y lesividad¹²⁴⁹ (atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia y desobediencia; desórdenes públicos; tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos; y organizaciones y grupos criminales¹²⁵⁰), lo que, unido a la consideración del orden público como un concepto jurídico indeterminado, lleva al planteamiento de numerosos interrogantes en relación con la ubicación sistemática de los delitos de terrorismo y con

¹²⁴⁵ De esta opinión: TORRES FERNÁNDEZ, *Los delitos de desórdenes públicos*, 2001, pág. 51; FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, 2012, pág. 208; BAUCELLS LLADÓS, *RGDP*, N°24, 2015, pág. 6; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/PIÑOL RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO, *Manual PE*, T.II, 7ª ed., 2018, pág. 827.

¹²⁴⁶ JUANATEY DORADO, *CPC*, N°120, 2016, pág. 47. Esta concreta acepción de orden público la identifica la autora en su artículo como “orden público 2”. Sobre esta cuestión vuelvo al tratar el concepto de paz pública.

¹²⁴⁷ LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos*, 1ª ed., 2016, pág. 973. En la misma línea: BAUCELLS I LLADÓS, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios PE*, T.II, 2004, págs. 2538-2539: en el contexto del delito de desórdenes públicos, señala que orden público debe interpretarse de forma estricta como observancia de las normas que regulan en general la convivencia entre personas, y que ello debe relacionarse con la protección de derechos fundamentales y valores superiores del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, solo podrán ser constitutivos de delito los supuestos en que resulte indubitadamente probado que sea traspasado efectivamente el ámbito de libertades de reunión y manifestación, esto es, que, a pesar de realizarse en lugares de tránsito público, se ejerzan pacíficamente y con comunicación previa a la autoridad.

¹²⁴⁸ QUINTERO OLIVARES, en: CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO (Coord.), *Protección jurídica*, 2016, pág. 148.

¹²⁴⁹ Ponen de manifiesto la diversidad de los tipos penales que conforman la rúbrica: TORRES FERNÁNDEZ, *Los delitos de desórdenes públicos*, 2001, págs. 21-22; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), *EPB*, 2002, pág. 367; JUANATEY DORADO, *CPC*, N°120, 2016, pág. 44; COLOMER BEA, *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, 2021, págs. 67 y ss.; también la jurisprudencia, STS 459/2019, de 14 de octubre; STC 184/2021, de 28 de octubre.

¹²⁵⁰ Y hasta la reforma de finales de 2022, también el delito de sedición.

la identificación de su bien jurídico protegido, por lo que el indicio al que me refería al principio del epígrafe se torna más en un obstáculo que en una ayuda a la hora de clarificar esos interrogantes. Encuentro problemático formular un concepto de orden público que se amolde a cada uno de los tipos penales que forman el Título, pues manejaríamos distintos conceptos de orden público¹²⁵¹. Y, por otro lado, creo prácticamente imposible, y, sobre todo, poco recomendable, formular un concepto de orden público unitario que pueda dar cabida a tipos penales de tan distinta índole¹²⁵². No quiero decir con ello que un concepto restringido de orden público no pueda constituir el bien jurídico protegido en alguno de los delitos incluidos en el Título XXII, como entiende alguna doctrina, por ejemplo, para los desórdenes públicos¹²⁵³. Lo que sí plantea serias dudas es que sea el bien jurídico tutelado por los delitos de terrorismo (y de otros de los delitos insertos en el Título), a pesar de que el legislador realizó un intento por aclarar la elección de esta ubicación sistemática y del bien jurídico protegido por ellos en el Preámbulo de la LO 5/2010: “A sabiendas, precisamente, de la polémica doctrinal surgida en torno a la ubicación sistemática de estos tipos penales, se ha optado finalmente, por situarlos dentro del Título XXII del Libro II, es decir, en el marco de los delitos contra el orden público. Lo son, inequívocamente, si se tiene en cuenta que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas (...). La reacción penal frente a su existencia se sitúa, por tanto, en el núcleo mismo del concepto de orden público, entendido éste en la acepción que corresponde a un Estado de Derecho, es decir, como núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y

¹²⁵¹ BAUCELLS I LLADÓS, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios PE*, T.II, 2004, págs. 2538-2539, indica que la interpretación exacta del concepto de orden público dependerá en último término del contexto gramatical y sistemático en el que se encuentre, y formula el concepto de orden público tutelado por los delitos de desórdenes públicos. En otro lugar, indica que el consenso está en formular una definición de orden público distinta para cada rama del ordenamiento jurídico y para cada contexto sistemático (BAUCELLS LLADÓS, *RGDP*, N°24, 2015, pág. 6).

¹²⁵² De la misma opinión: COLOMER BEA, *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, 2021, pág. 76.

¹²⁵³ TORRES FERNÁNDEZ, *Los delitos de desórdenes públicos*, 2001, págs. 65-84; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), *EPB*, 2002, págs. 367 y 586; BAUCELLS I LLADÓS, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios PE*, T.II, 2004, págs. 2538-2539; LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, págs. 176-177; MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 24ª ed., 2022, pág. 861. Otro sector doctrinal propugna la paz pública como bien jurídico protegido en el delito de desórdenes públicos; CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 823. COLOMER BEA, *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, 2021, pág. 158, designa como bien jurídico para el tipo básico de desórdenes públicos la paz pública, pero entendiéndola como la “libertad de disfrutar de un espacio público por parte de una pluralidad indeterminada de personas”.

libertades constitucionales”. Este último concepto, así formulado, no puede erigirse en bien protegido por los delitos de terrorismo, pues su amplitud es manifiesta y no sirve racionalmente para justificarlos político-criminalmente.

Ahora bien, los problemas interpretativos relativos al orden público no acaban ahí. El orden público se asemeja y comparte espacios con otro concepto jurídico indeterminado: la paz pública, presente también en los delitos de terrorismo¹²⁵⁴ (y en los de desórdenes públicos). Sin adelantarme demasiado, el TC ha precisado que, tanto el delito de sedición como los delitos de terrorismo, ubicados ambos en el mismo Título XXII, “desbordan los reducidos límites del concepto de orden público concebido como bien jurídico autónomo”, y, por ello, aprecia para ellos una “interpretación más exigente, centrada en la idea de paz pública”¹²⁵⁵.

2. La paz pública: ¿concepto equiparable al de orden público o noción diferenciada? ¿un posible bien jurídico?

La pregunta que da título al epígrafe viene motivada, como ya he adelantado, por la presencia en el CP del término paz pública en las tipificaciones de algunos delitos ubicados sistemáticamente dentro de los delitos contra el orden público¹²⁵⁶, concretamente en sede de desórdenes públicos y de delitos de terrorismo.

Los primeros indicios que invitan a discernir entre paz y orden públicos se encuentran, entonces, en la propia ley¹²⁵⁷: en lo que se refiere a los desórdenes públicos, la redacción originaria del art. 557 CP hacía referencia a la alteración del orden público con la finalidad de atentar contra la paz pública¹²⁵⁸, lo que denotaba la necesaria diferenciación de ambos conceptos¹²⁵⁹; y, por otro lado, la alteración grave de la paz

¹²⁵⁴ Ver *infra*: La segunda finalidad: “alteración grave de la paz pública”. Cuestión distinta será la de discernir si la paz pública es el bien jurídico tutelado por los delitos de terrorismo, o si su concepto también es insuficiente.

¹²⁵⁵ STC 184/2021, de 28 de octubre; citando la STS 459/2019, de 14 de octubre.

¹²⁵⁶ Arts. 557.1, 557 ter, 573.1.2ª y 578.3 CP.

¹²⁵⁷ Se menciona el orden público en el CP en las siguientes ocasiones: como rúbrica del Título XXII, y en los arts. 89.4 y 559 CP. Se menciona la paz pública en los arts. 510.4, 514.5, 557.1, 557 ter, 573.1.2ª y 578.3 CP.

¹²⁵⁸ Art. 557 CP (redacción de 1995): “serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código”.

¹²⁵⁹ La STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011, FJ 4 determina que “carecería de sentido identificarlos de forma absoluta para entender que la conducta típica consistiría en alterar el orden o la paz

pública representa una de las finalidades alternativas que constituyen el elemento subjetivo (art. 573.1.2ª CP) de los delitos de terrorismo, insertos, como sabemos, en la rúbrica “Delitos contra el orden público”. Pero este interrogante también obedece a razones históricas, pues los mencionados delitos, hoy diferenciados¹²⁶⁰, compartieron por un periodo de tiempo espacio en el mismo Capítulo del CP, ubicándose el delito que hoy conocemos como de desórdenes públicos (la redacción del art. 263 CP de 1973 hasta 1978, que pasó después a ser el art. 246, fue heredada prácticamente por el art. 557.1 CP 1995) dentro de los delitos de terrorismo. Una exposición de los vaivenes históricos de los delitos en los que se ha utilizado por el legislador la expresión “paz pública” es necesaria para entender la posición de algunos autores a la hora de definir la paz pública y a la hora de precisar cómo se altera. Veamos todo ello más detenidamente.

Se ha discutido mucho por parte de la doctrina y de la jurisprudencia si paz y orden público son equiparables. Algún autor los entiende como sinónimos¹²⁶¹, si bien la mayoría de la doctrina¹²⁶² y la jurisprudencia¹²⁶³ diferencian ambos términos. No obstante, la distinción queda lejos de ser una tarea sencilla, pues existen numerosas opiniones doctrinales y las interpretaciones jurisprudenciales al respecto son oscilantes. A lo mencionado, se añaden varios problemas: las definiciones de paz pública varían también dependiendo del delito ante el que nos encontremos; y, en ocasiones, se definen por la vía de cómo debe ser su alteración, ya que resulta muy complicada la separación entre su simple conceptualización y su utilización como elemento del tipo (subjetivo u objetivo).

públicos, con la finalidad de alterarlo”. Cabe señalar que a partir de la reforma de 2015 dicho elemento subjetivo de atentar contra la paz pública se objetiviza.

¹²⁶⁰ Al menos teóricamente, pues existen extremos de la legislación actual, como los desórdenes públicos terroristas, que plantean dificultades interpretativas para distinguirlos. Sobre ello: MOLINA ÁLVAREZ, en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/LOMBANA VILLALBA/ROSO CAÑADILLAS/TRAPERO BARREALES/OLAIZOLA NOGALES/PAREDES CASTAÑÓN/DE VICENTE REMESAL (Dir.), *LH Luzón Peña*, 2020, págs. 1771-1780.

¹²⁶¹ CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, pág. 185.

¹²⁶² CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, 1996, pág. 2090; DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, 2002, págs. 270-271; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), *EPB*, 2002, pág. 590; ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 79; GONZÁLEZ CUSSAC, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pág. 69; LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, págs. 178-179; QUINTERO OLIVARES, en: CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO (Coord.), *Protección jurídica*, 2016, págs. 147-149; CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 823.

¹²⁶³ Entre otras: SSTS de 16 de octubre de 1991 (ROJ 5455/1991); de 29 de noviembre de 1994 (ROJ 7716/1994); 1154/2010, 12 de enero de 2011; 865/2011, 20 de julio; 987/2009, de 13 de octubre; 459/2019, de 14 de octubre; STC 59/1990, de 29 de marzo.

Comienzo con unos breves antecedentes históricos sobre la discusión¹²⁶⁴. La Ley 44/1971, de 15 de noviembre, de reforma del CP, introdujo dentro de los delitos de terrorismo¹²⁶⁵ el delito de “terrorismo menor”¹²⁶⁶ (art. 263¹²⁶⁷), cuya redacción coincidía prácticamente con la redacción del tipo básico de desórdenes públicos de 1995 (art. 557.1 CP). Aquel delito contenía un elemento subjetivo, “el fin de atentar contra la paz pública”, que marcaba la diferencia con los delitos de desórdenes públicos contenidos en art. 246 CP 1944¹²⁶⁸. El TS entendía en aquel entonces que el fin de atentar contra la paz pública exigía un propósito subversivo o un ánimo de infundir terror en la población, por lo que era definida como “tranquilidad o sosiego ciudadanos” o como “el sosiego de amplios sectores de población que se ven conmocionados por las tácticas terroristas”. Y, por otro lado, el orden público era concebido como el “normal o adecuado funcionamiento de los servicios públicos”¹²⁶⁹.

La Ley 82/1978, de 28 de diciembre (que suprimió todas las referencias legales al término “terrorismo”), trasladó el contenido del citado art. 263 CP al art. 246 del CP¹²⁷⁰. Esto supuso que un delito concebido como una modalidad de terrorismo pasara a formar

¹²⁶⁴ Sobre esto, pueden verse: TORRES FERNÁNDEZ, *Los delitos de desórdenes públicos*, 2001, págs. 225-243; COLOMER BEA, *RECPC*, N°19, 2017 págs. 7-10.

¹²⁶⁵ Dentro del Capítulo XII “De la tenencia y depósito de armas o municiones y de los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos”.

¹²⁶⁶ STS de 30 de enero de 1975 (ROJ 1423/1975); TORRES FERNÁNDEZ, *Los delitos de desórdenes públicos*, 2001, pág. 227.

¹²⁶⁷ “Serán castigados con la pena de prisión menor los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden, causando lesiones o vejación a las personas, produciendo desperfectos en las propiedades, obstaculizando las vías públicas u ocupando edificios, salvo que al hecho corresponda pena más grave en otro precepto de este Código”.

¹²⁶⁸ Capítulo IX “De los desórdenes públicos”, art. 246: “Los que produjeren tumulto o turbaren gravemente el orden en la audiencia de un Tribunal o Juzgado, en los actos públicos propios de cualquier Autoridad o Corporación, en algún colegio electoral, oficina o establecimiento público, en espectáculos, solemnidad o reunión numerosa serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas (...)”.

¹²⁶⁹ Por ejemplo, la STS de 30 de enero de 1975 (ROJ 1423/1975): “(...) el delito de desórdenes públicos de los arts. 246 y ss. del CP, pudiendo establecerse la diferencia, tal como ya viene ensayando esta Sala (*ad exemplum*, STS de 6 de abril de 1974, ROJ 1855/1974), por una mayor especificidad del elemento subjetivo, de corte ideológico, constituido en los desórdenes terroristas, del art. 263, por la finalidad de atentar contra la paz pública, concepto que netamente se diferencia del genérico fin de ataque o subversivo que caracteriza, en general, todas las figuras delictivas ubicadas en el Título II del Libro II del CP; como también se distingue de la mera alteración del orden público, noción ésta de carácter más materialista, en tanto que la paz pública lleva inserta un elemento espiritual que dice relación con el sosiego de amplios sectores de población que se ven conmocionados por las tácticas terroristas, cuyo objetivo anímico es precisamente el de infundir terror en las masas para facilitar la implantación revolucionaria del sistema social o político que aquéllas propugnan”. Sobre ello también: COLOMER BEA, *RECPC*, N°19, 2017 págs. 8-9; TORRES FERNÁNDEZ, *Los delitos de desórdenes públicos*, 2001, pág. 227.

¹²⁷⁰ Art. cuarto de la Ley 82/1978, de 28 de diciembre: “El art. 263 del CP queda sin contenido y su texto, sin variación alguna, se traslada al Capítulo IX del mismo Título, donde recibirá el número 246, pasando el actual 246 a denominarse 246 bis”.

parte de los delitos de desórdenes públicos, constituyendo desde esa fecha su tipo básico. Este cambio de ubicación afectó a la interpretación jurisprudencial del elemento subjetivo del tipo “atentar contra la paz pública”, pues este ya no podía ser interpretado enmarcándolo en el terrorismo, es decir, el tinte subversivo al que antes se ha hecho referencia debía desaparecer. En sus primeras interpretaciones del delito en su nueva ubicación sistemática, el TS equiparó los conceptos de orden público y paz pública¹²⁷¹.

Algunos años después, la jurisprudencia del TS cambia, y vuelve a diferenciar entre los conceptos de paz y orden públicos: “la paz pública y orden público no son expresiones absolutamente coincidentes. La paz es en definitiva un estado de tranquilidad y sosiego trascendentes, de tal manera que dentro de la paz pueden coexistir desórdenes accidentales y perturbaciones de la tranquilidad social”¹²⁷². Se recuperan aquí las nociones de “tranquilidad y sosiego trascendentes” empleadas anteriormente por el TS en el contexto de los delitos de terrorismo, es decir, cuando el tipo básico de desórdenes públicos formaba parte de esta clase de delitos¹²⁷³. La STS de 29 de noviembre de 1994 (ROJ 7716/1994) también diferenció ambos conceptos, definiéndolos de la siguiente forma: “el concepto de orden [no habla de orden público, pues el anterior art. 246 CP solo hacía referencia al ‘orden’] es un concepto más amplio que el de paz pública. Si por orden entendemos la observancia de las normas que regulan en general la convivencia entre las personas (aplicando al tema aquí examinado la acepción 3ª de la RAE), esto es, cualquier clase de convivencia, el concepto de paz, máxime con el adjetivo pública que (...) ha de ser considerado como una especie dentro del género ‘orden’ antes referido. El sustantivo

¹²⁷¹ STS de 26 de octubre de 1981 (ROJ 5141/1981): “CONSIDERANDO que el vigente art. 246 CP, a virtud de la reforma punitiva introducida por la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, que suprimió los llamados ‘delitos de terrorismo’, aludidos con tal *nomen* en el Capítulo XII, Título II del Libro de dicho CP, pasó a inscribirse, después de tal reforma, en el Capítulo IX de iguales Título y Libro del CP, intitulado ‘De los desórdenes públicos’, con la misma redacción que ofrecía bajo el derogado art. 263, con todo el significado que tal trasplante comporta, pues de ser la última de la figuras de los derogados tipos de terrorismo (‘de forma de terrorismo menor’ lo calificó la STS de 30 de enero de 1975, ROJ 1423/1975) ha pasado a ser la primera y más grave figura de los desórdenes públicos, con lo que varía el elemento subjetivo, de corte teleológico, que diferenciaba el tipo derogado y el vigente, no obstante su igual descripción típica, pues ya no palpita el fin de subversión propio de todo ataque terrorista, aun del más modesto, sino el más genérico de turbar la ‘paz’ o el ‘orden públicos’, conceptos estos que así se hacen equivalentes y que habían servido a esta Sala para diferenciar las tangenciales especies delictivas de los antiguos arts. 263 y 246, ahora cobijados bajo los arts. 246 y 246 bis del CP”; STS de 30 de enero de 1984, ROJ 1841/1984: “con lo que varía el elemento subjetivo, de corte teleológico que diferenciaba el artículo derogado del actual vigente, que ya no presupone el fin subversivo propio de la actividad terrorista, sino el más genuino y generalizado de turbar la paz y el orden público que a efectos penales vienen a tener equivalencia análoga”.

¹²⁷² STS de 16 de octubre de 1991 (ROJ 5455/1991).

¹²⁷³ COLOMER BEA, *RECPC*, N°19, 2017, pág. 9.

‘paz’, como contrario a guerra o turbulencia (acepción 2ª de la RAE), nos conduce a la observancia de unas concretas normas, las que regulan una clase especial de convivencia, aquella que se desarrolla en el exterior por no aparecer circunscrita a determinados recintos o espacios geográficos que no trascienden a la tranquilidad ciudadana en general. De esta manera paz pública equivale a conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana (o el normal ejercicio de los derechos y libertades públicas) o, más sintéticamente, como normalidad en la convivencia ciudadana”.

Con la aprobación del CP 1995, el texto del art. 246 del anterior CP pasa de forma prácticamente idéntica al art. 557.1, precepto que recoge actualmente el tipo básico de desórdenes públicos (texto heredado a su vez, como ya he expuesto, del anterior delito de “terrorismo menor” inserto en los delitos de terrorismo antes de 1978). El CP de 1995, como sabemos, vinculó los delitos de terrorismo con la finalidad de “alterar gravemente la paz pública” (lo que se mantiene en la actualidad en el art. 573.1.2ª), como opción alternativa a la finalidad de “subvertir el orden constitucional”¹²⁷⁴.

Actualmente, como se ha señalado al principio del epígrafe, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia distinguen ambos conceptos.

JUANATEY DORADO, realiza la siguiente clasificación para diferenciar el orden público y la paz pública. En su opinión, el legislador utiliza la noción de orden público¹²⁷⁵ en dos sentidos. Un primer sentido, que llama *orden público 1*, muy amplio y que correspondería al que rubrica el Título XXII. Este concepto haría referencia a la defensa “del normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, del principio de autoridad entendido en sentido democrático, del mantenimiento del conjunto de condiciones que permiten el normal desarrollo de la convivencia social, y, en definitiva, de la organización democrática del Estado”. El segundo sentido de orden público, al que denomina *orden público 2*, sería “la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, esto es, el necesario orden en la calle que permita el libre ejercicio de los derechos, especialmente de los derechos fundamentales, dentro de los límites que marcan los principios de proporcionalidad y de intervención mínima”. Esta es, según la autora, la única interpretación que se adecuaría al sistema jurídico constitucional. Sigue

¹²⁷⁴ Finalidades que, a partir de la reforma de 2015, quedan ampliadas. Puede verse *infra*: El elemento subjetivo o teleológico.

¹²⁷⁵ Como rúbrica del Título XXII, y en los arts. 89.4 y 559 CP.

diciendo, que tan solo cuando esas conductas afecten derechos de terceros de forma desproporcionada en la medida en que no haya otros derechos en juego que justifiquen esa alteración, podrá hablarse de una alteración del *orden público* 2. En cuanto a la noción de paz pública utilizada en el CP¹²⁷⁶, la autora también diferencia dos vertientes: *paz pública* 1, que equivaldría a la interpretación que de ese concepto venía haciendo el TS y parte de la doctrina, como “tranquilidad y sosiego trascendentes, opuesto a la guerra y disensiones”, situación que podría subsistir en situaciones de alteración del orden¹²⁷⁷. Y, una segunda noción, la de *paz pública* 2, que sería esa tranquilidad o paz en las manifestaciones de la vida ciudadana, es decir, una noción equivalente a la de *orden público* 2¹²⁷⁸.

Así, la doctrina mayoritaria entiende que el concepto de paz pública es más amplio y abarca el orden público¹²⁷⁹. Y lo mismo entendía generalmente la jurisprudencia, como ya se ha señalado¹²⁸⁰. Ha seguido esta dirección el TS en jurisprudencia posterior, y, entre otras, en la STS 1154/2010, 12 de enero de 2011, entiende que la paz pública “hace referencia a la normalidad de la convivencia con un uso pacífico de los derechos, especialmente los derechos fundamentales, mientras que el orden público se refiere al funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios. De esta forma podría decirse que la paz pública puede subsistir en condiciones de un cierto desorden, aun cuando al concebir éste como un elemento de aquella, una grave alteración del mismo conllevaría ordinariamente su afectación. Y cita también la STS 987/2009, 13 de octubre: “tanto la doctrina científica como la jurisprudencia distinguen entre orden público y paz

¹²⁷⁶ Arts. 510.4, 514.5, 557.1, 557 ter, 573.1.2ª y 578.3 CP.

¹²⁷⁷ Siguen este concepto: CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, 1996, pág. 2090; ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 79-80; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 2008, pág. 54-57; QUINTERO OLIVARES, en: CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO (Coord.), *Protección jurídica*, 2016, pág. 148; CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 823; STS de 16 de octubre de 1991 (ROJ 5455/1991).

¹²⁷⁸ JUANATEY DORADO, *CPC*, N°120, 2016, págs. 46-52.

¹²⁷⁹ CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 2008, pág. 54-57; ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 79-80; QUINTERO OLIVARES, en: CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO (Coord.), *Protección jurídica*, 2016, pág. 148; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos*, 1ª ed., 2016, pág. 99, por su parte, identifica la noción de paz pública con el concepto de seguridad ciudadana definido por la doctrina y legislación [aunque la legislación ciertamente no proporciona una noción de seguridad ciudadana, como luego veremos] como protección de personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidad; GÓMEZ RIVERO, en: GALÁN MUÑOZ/GÓMEZ RIVERO (Dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, 2022, págs. 358-359. En contra de lo anterior: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/PIÑOL RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO, *Manual PE*, T.II, 7ª ed., 2018, pág. 812. En la misma dirección: STS de 29 de noviembre de 1994 (ROJ 7716/1994) citada anteriormente en el texto.

¹²⁸⁰ STS de 16 de octubre de 1991 (ROJ 5455/1991).

pública, en el sentido de que aquel es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia (...) y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas”¹²⁸¹.

Sea cual fuere la interpretación que se dé a ambos conceptos, las denominaciones orden público y paz pública, dada su ambigüedad y vaguedad, no deberían ser las que designen el bien jurídico tutelado por los delitos de terrorismo, cuyas graves consecuencias penales, penitenciarias y procesales exigirían una justificación político criminal más exhaustiva desde el punto de vista de los principios penales (en este supuesto, del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos), lo que, ciertamente, en este ámbito no ocurre.

Para la mayoría de la doctrina el bien jurídico que protegen los delitos de terrorismo no es el orden público (sí para algunos la paz pública¹²⁸²), o, al menos, no es esa la nomenclatura utilizada por la doctrina a la hora de identificar el bien jurídico tutelado por los delitos de terrorismo (aunque algunas definiciones de su bien jurídico sí pudieran coincidir, en todo o en parte, con alguno de los conceptos de orden público que he señalado más arriba). En esta misma línea, ha precisado el TC que los delitos de terrorismo desbordan el concepto de orden público, y, por ello, aprecia para ellos una interpretación más exigente, centrada en la idea de paz pública como interés protegido por la norma, identificada como “el interés de la sociedad en la aceptación del marco constitucional, de las leyes y de las decisiones de las autoridades legítimas, como presupuesto para el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales”¹²⁸³. Sin embargo, a mi juicio tampoco las definiciones ofrecidas de paz pública reúnen los requisitos de determinación (en cuanto a su contenido) que deberían predicarse para la configuración

¹²⁸¹ También: SSTS 865/2011, 20 de julio; 459/2019, de 14 de octubre.

¹²⁸² CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, pág. 913: “el orden constitucional o la paz pública”; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos*, 1ª ed., 2016, págs. 993: “la defensa del orden constitucional y la paz pública”; ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 80: “la paz pública como condiciones básicas de seguridad y libertad de la población en general, o de grupos de personas más o menos indeterminadas”. Otras lo niegan: VILLEGAS DÍAZ, *Terrorismo: un problema de Estado*, Tesis inédita, 2001, pág. 606, manifiesta que la delimitación de la paz pública a efectos de los delitos de terrorismo resulta un concepto vago que no permite identificarlo con el bien jurídico protegido sin quebrar el principio de legalidad. Puede acordarse con la autora que la paz es un concepto indeterminado y por tanto la precisión de su contenido es compleja, pero no comparto la asociación que realiza de la noción de bien jurídico (que se infiere del tipo) con el principio de legalidad.

¹²⁸³ STC 184/2021, de 28 de octubre; citando la STS 459/2019, de 14 de octubre.

de un bien jurídico penal (más aun, un bien jurídico que debe justificar medidas tan graves como las aplicadas a los considerados como terroristas). No se equivoca GIL GIL cuando dice que las definiciones que identifican la paz pública con determinadas percepciones fácticas de la sociedad, difíciles de determinar, pueden conducir a una subjetivación incompatible con el principio del hecho, y otras que pretenden objetivar el concepto, acaban construyendo un bien jurídico hueco, por lo que unas y otras conducen a la ampliación de los tipos de terrorismo¹²⁸⁴.

3. La “seguridad” en el ordenamiento jurídico español ¿un posible bien jurídico?

Otro de los términos a los que hay que hacer necesaria referencia al tratar el bien jurídico protegido por los delitos de terrorismo en la legislación española (y al tratar el terrorismo, en general) es el de “seguridad”. Este término, que matiza su significado según el adjetivo que le acompañe¹²⁸⁵, confluye en el ordenamiento jurídico español con otros conceptos como el de orden público o el de paz pública, y, como seguidamente comprobaremos, es un término que no ha sido definido legalmente.

Ahora bien, no es la utilización por el legislador de este término lo que lo hace especialmente relevante a efectos de este estudio, sino la importancia (o, mejor, protagonismo) que *la seguridad* y el *sentimiento generalizado de inseguridad*¹²⁸⁶ presentan en la actual realidad social, política y jurídica, que ya ha sido puesta de manifiesto en otro lugar de esta obra¹²⁸⁷.

En el ordenamiento jurídico español puede encontrarse el término seguridad en varios lugares.

La CE lo incluye en varios de sus preceptos, pero con distintos significados. A efectos de este trabajo, son relevantes las menciones que realiza de la seguridad en los

¹²⁸⁴ GIL GIL, en: AMBOS/MALARINO/STEINER (Ed.), *Terrorismo y derecho penal*, 2015, pág. 336. En el mismo sentido: CANCIO MELIÁ, *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, N°74, 2008, pág. 267.

¹²⁸⁵ “Seguridad personal”; “seguridad jurídica”; “seguridad pública”, “seguridad ciudadana”; “seguridad estatal”; “seguridad internacional”, y un largo etcétera.

¹²⁸⁶ FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, 2012, págs. 215-224, distingue dos vertientes del concepto de seguridad: su aspecto objetivo y su aspecto subjetivo. El aspecto subjetivo se refiere a su ausencia, es decir, a la percepción de inseguridad. En cuanto al aspecto objetivo, es el presupuesto para el libre ejercicio de los derechos y libertades, se configura como un estado o situación.

¹²⁸⁷ Ver *supra*: Tendencias actuales del Derecho y del proceso penal: la seguridad como criterio rector y la “relajación” o supresión de algunos principios.

arts. 9.3, 17.1, 104 y 149.1.29^a CE¹²⁸⁸. La STC 325/1994, de 12 de diciembre, realiza en su FJ 2 una síntesis de los distintos significados que encierra el término seguridad en cada uno de los citados preceptos: “la CE utiliza la palabra ‘seguridad’ con la misma acepción medular, pero con distintos matices según el adjetivo que le sirva de pareja”. En primer lugar, se refiere a la seguridad jurídica en su art. 9.3 CE, que encarna uno de los principios cardinales del Derecho, íntimamente ligado al valor superior de justicia (art. 1.1 CE). En segundo lugar, la seguridad que aparece en el art. 17 CE, como soporte y compañera de la libertad personal. En tercer lugar, aparece la seguridad pública (art. 149.1.29^a CE) también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle. Dice el TC en esta sentencia que tal seguridad se bautizó ya en el pasado siglo, con la rúbrica del “orden público”, que era concebido como la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos (en definitiva, el normal funcionamiento de las instituciones y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales según lo definía la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933, durante la II República). Y, por último, se realiza otra alusión, esta vez a la seguridad ciudadana, desde la perspectiva de quienes han de garantizarla, misión asignada a las Fuerzas y Cuerpos correspondientes (art. 104 CE)¹²⁸⁹.

Deben diferenciarse las tres acepciones. La primera, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), se configura como un principio general del ordenamiento jurídico, y, por otra parte, como un mandato dirigido a los poderes públicos (que no constituye un derecho subjetivo en favor de los ciudadanos). Lo mismo ocurre con la seguridad ciudadana, cuya tutela como bien jurídico de ámbito colectivo, no individual, es función del Estado y tiene su sede propia en el art. 104 CE. Ninguno de esos dos preceptos permite el acceso a la vía del amparo constitucional por no formar parte del elenco de libertades y derechos fundamentales, subjetivos y por ello individuales. La seguridad jurídica está relacionada

¹²⁸⁸ Hace otras referencias a la seguridad: “seguridad e higiene en el trabajo” en el art. 40.1 CE; la protección de la seguridad en el ámbito de la defensa de los consumidores y usuarios en el art. 51.1 CE; y a la “seguridad del Estado” en su art. 105 CE y a los “Delitos contra la seguridad del Estado” en el art. 102 CE.

¹²⁸⁹ DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, 2002, pág. 39, indica que la práctica unanimidad de la doctrina ha saludado el cambio de terminología constitucional de este precepto, que ha supuesto el abandono del concepto tradicional de orden público para sustituirlo por el de seguridad ciudadana en lo que se refiere a la misión de las Fuerzas y Cuerpos del Estado. Ello se debe al rechazo de una función que históricamente se había cargado de connotaciones represivas. No obstante, la utilización de los conceptos de orden público y de seguridad ciudadana ha continuado siendo una constante sobre todo en la jurisprudencia del TC, en la doctrina y también la legislación penal.

inevitablemente con la seguridad personal, pues la primera es protectora de la segunda y de todos los demás derechos e intereses, fundamentales o no. Sin embargo, tal concepto de la seguridad pública está excluido del art. 17.1 CE, pues este precepto alberga el bien jurídico eminentemente individual de la seguridad personal configurado como soporte de la libertad, que exige la interdicción de medidas privativas o restrictivas de la libertad sin las garantías adecuadas, pero no alberga una suerte de derecho fundamental a ser protegido por el Estado¹²⁹⁰. Esto explica la mención de la seguridad como algo distinto a la libertad¹²⁹¹, aunque suponen dos conceptos íntimamente conectados.

Volviendo a los conceptos de seguridad pública y ciudadana, la STC 325/1994, de 12 de diciembre, como ya se ha señalado, entiende que son sinónimos¹²⁹², y, a su vez, como coincidentes con el tradicional concepto de orden público.

Sin embargo, otras sentencias han utilizado los conceptos con sentidos distintos. La STC 33/1982, de 8 de junio, entre otras, dictaminó que la seguridad pública “se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas”. La seguridad pública es una materia de reparto (art. 149.1.29ª), y, en cuanto a tal, su contenido implica actividad, lo que le confiere un carácter instrumental o medial, en orden a conseguir unos fines que son: la protección de personas y bienes, por un lado, y el mantenimiento del orden, por otro¹²⁹³. Y la seguridad ciudadana, sería un estado o situación, como una condición de protección frente a situaciones de peligro para la persona o sus bienes¹²⁹⁴. Sentencias posteriores han afirmado lo anterior, distinguiendo ambos términos¹²⁹⁵.

Descendiendo al plano legal, cabe señalar que ninguna ley ha definido el término seguridad (ni ciudadana, ni pública): ni la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ni la LOPSC 1992 o 2015. El Preámbulo de la LOPSC 1992

¹²⁹⁰ Se encuentran referencias similares a este derecho en los arts. 9 PIDCP, 5 CEDH y 6 CDFUE.

¹²⁹¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema*, 5ª ed., 2021, pág. 253.

¹²⁹² El Preámbulo de la LOPSC 2015 así lo reconoce: “La CE asumió el concepto de seguridad ciudadana (art. 104.1), así como el de seguridad pública (art. 149.1.29ª), y, posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando, con matices, estos dos conceptos como sinónimos, entendiendo por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana”.

¹²⁹³ TORRES FERNÁNDEZ, *Los delitos de desórdenes públicos*, 2001, pág. 45.

¹²⁹⁴ TORRES FERNÁNDEZ, *Los delitos de desórdenes públicos*, 2001, pág. 44; FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, 2012, pág. 221-222. La RAE sí contiene el término “seguridad ciudadana”, y lo define como sigue: “1. f. Situación de tranquilidad pública y de libre ejercicio de los derechos individuales, cuya protección efectiva se encomienda a las fuerzas del orden público”.

¹²⁹⁵ STC 25/2004, de 26 de febrero; STC 148/2000, de 1 de junio.

expresaba que “la protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades fundamentales constituyen un binomio inseparable, y ambos conceptos son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática”. Por su parte, la LOPSC 2015 indica que “la seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica”. Eso sí, esta última ley señala en el Preámbulo que seguridad ciudadana y seguridad pública han sido asumidas por la doctrina y la jurisprudencia como sinónimos (con algunos matices), entendiendo por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana. Lo que, como se acaba de comprobar hace escasas líneas, no es del todo cierto.

Continuando el plano legal, sí cabe señalar que la Ley de Seguridad Nacional, la 36/2015, de 28 de septiembre, definió el concepto de seguridad nacional. La describe en su art. 3 como: “la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos”. En su Preámbulo reconoce que “la legislación española (...) contiene instrumentos normativos que, partiendo del marco diseñado por la CE, regulan los aspectos fundamentales que han venido permitiendo a los poderes públicos cumplir con sus obligaciones en esta materia [seguridad]. Así, las normas aplicables a los estados de alarma, excepción y sitio, a la Defensa Nacional, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a la protección de la seguridad ciudadana, a la protección de infraestructuras críticas, a la protección civil, a la acción y el servicio exterior del Estado o a la seguridad privada, regulan, junto con la legislación penal y los tratados (...), distintos aspectos de la seguridad”. Esta Ley determina los riesgos y las amenazas particulares para la seguridad del país, pero no menciona expresamente el terrorismo entre ellos. Ahora bien, esta ley se remite a la Estrategia de Seguridad Nacional de 2013, en la que sí se incluye el terrorismo entre las amenazas a la seguridad nacional. Esa Estrategia Nacional fue renovada en 2017, y, en 2019, se aprobó una Estrategia Nacional contra el Terrorismo¹²⁹⁶.

¹²⁹⁶ Consulta:

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Documents/2019/260219-EstrategiaContraTerrorismo.pdf> (último acceso 19/03/2023).

Vistos los distintos conceptos de seguridad en el ordenamiento español, hay que referir si puede constituir un bien jurídico-penal colectivo autónomo. Me remito a las consideraciones realizadas anteriormente sobre la deriva securitaria del Derecho penal y sobre el surgimiento de visiones que toman la seguridad, incluso, como un derecho fundamental a ser defendido por el Estado de las distintas amenazas que puedan surgir¹²⁹⁷ y mi posicionamiento en contra de ello. El mantenimiento de la seguridad de todos como objetivo estatal se realiza a través de la seguridad de los propios bienes jurídicos, pero la creación de un bien jurídico independiente o autónomo no parece adecuado, pues, en ese caso, la anticipación penal no encontraría límites. Ahora bien, mucha doctrina sí considera la seguridad, en sus múltiples formulaciones, como el bien jurídico tutelado por los delitos de terrorismo¹²⁹⁸.

IV. Los elementos típicos del art. 573 del Código penal

En cuanto a la *definición*, el legislador utiliza una definición *funcional* de terrorismo, *inspirada* (en técnica, no en contenido) en la recogida en la DM 2002/475/JAI, modificada por la DM 2008/919/JAI (y actualmente sustituida por la Directiva 2017/541). Así, la técnica que emplea para designar qué son delitos de terrorismo es la de enumerar una lista de delitos (“graves”) comunes que, cometidos con alguna de las cuatro finalidades previstas en el art. 573 CP (1. Subvertir el orden constitucional, o suprimir o

¹²⁹⁷ Ver *supra*: Tendencias actuales del Derecho y del proceso penal: la seguridad como criterio rector y la “relajación” o supresión de algunos principios y Una evolución en la relación entre los derechos fundamentales y el Derecho penal: ¿Un Derecho penal de la seguridad y un derecho fundamental a la seguridad?.

¹²⁹⁸ Así: EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo, su concepto*, 1985, pág. 90: “el orden público y la seguridad, entendida ésta última como una razonable esperanza de no ser víctima de agresiones, que lleva inserto un elemento espiritual, relativo al sosiego de amplios sectores de población”; SCHABAS/OLIVIER, en: DOUCET, *Terrorism, victims*, 2003, pág. 85, “la seguridad colectiva” (añadiendo que incluso “amenaza en ocasiones la democracia en sí misma”); BUENO ARÚS, *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, 2009, págs. 61-62: “la seguridad del Estado y a la paz internacional, al mismo tiempo”; AGUDO FERNÁNDEZ/JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, *Terrorismo en el siglo XXI*, 2016, pág. 52: “la seguridad de los ciudadanos”; DÍAZ GÓMEZ, en: PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, pág. 10: “el factor que mejor evidencia ese plus de peligrosidad en este tipo de delincuencia (...) es una violencia pública de grandes dimensiones unida a su dimensión política que causa terror e incrementa la sensación de inseguridad de los ciudadanos”; GARCÍA SÁNCHEZ, en: PÉREZ CEPEDA (Dir.), *El terrorismo en la actualidad*, 2018, pág. 99: “la seguridad de los Estados, el orden democrático constitucional de los Estados, la seguridad y paz mundial”; CASTELLVÍ MONSERRAT, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/HORTAL IBARRA (Coord.), *Manual PE*, T.1, 2ª ed., 2019, pág. 839: “la paz y seguridad públicas”. En contra de ello, PAREDES CASTAÑÓN, argumentándolo en varios trabajos: PAREDES CASTAÑÓN, *Eguzkilore*, N°20, 2006, págs. 129-149; PAREDES CASTAÑÓN, *Estudios Penales y criminológicos*, N°29, 2009, págs. 371 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *Nuevo Foro Penal*, Vol.6, N°74, 2010, págs. 126-127; PAREDES CASTAÑÓN, *Anatomía do Crime*, N°4, 2016, págs. 38-39.

desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; 2. Alterar gravemente la paz pública; 3. Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; 4. Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella), se elevarán a la categoría de terroristas.

Con anterioridad a 2015 ya se había advertido a España reiteradamente desde instituciones internacionales que era necesario que definiera de forma restrictiva y precisa el delito de terrorismo para adecuarlo a las exigencias del principio de legalidad. Así lo comunicaron el Comité de Derechos Humanos en 2009¹²⁹⁹ o el Relator Especial en 2008¹³⁰⁰, pero el legislador, haciendo caso omiso de estas recomendaciones una vez más, desarrolló en 2015 una modificación legislativa que lejos de acotar y aclarar la definición de los delitos de terrorismo, la amplía, planteando serios reparos en cuanto al respeto de las garantías y prohibiciones que implica la legalidad penal y serias colisiones con algunos derechos fundamentales (a pesar de que antes de la aprobación de la reforma, cinco relatores especiales de la ONU emitieron un comunicado desaconsejando seriamente la reforma¹³⁰¹).

De acuerdo con el Preámbulo de la LO 2/2015 y como se acaba de indicar, la definición que se introduce se inspira en la contenida en la DM 2002/475/JAI, modificada por la DM 2008/919/JAI (y actualmente sustituida por la Directiva 2017/541, que mantiene prácticamente la misma definición¹³⁰² que la DM 2002/475/JAI). Sin embargo, si se examina el art. 1¹³⁰³ de la ya sustituida DM, se comprueba que el elemento objetivo

¹²⁹⁹ El Comité de Derechos Humanos, en su “Examen de los informes presentados por los Estados parte con arreglo al art. 40 del Pacto (España), Observaciones finales”, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, págs. 3-4, señala que el Estado español debería definir restrictivamente los delitos de terrorismo y hacer sus medidas contra el terrorismo plenamente compatibles con el PIDCP. En particular, recomienda la modificación de los arts. 572 a 580 del CP para limitar su aplicación a las infracciones que revistan indiscutiblemente un carácter terrorista y merezcan que se las trate en consecuencia.

¹³⁰⁰ El Informe del Relator Especial, A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de enero de 2008, recomienda a las autoridades españolas, entre otras cuestiones, que “las normas relativas a los delitos de terrorismo se atengan estrictamente al principio de legalidad recogido en el art. 15 PIDCP, de manera que todos los elementos constitutivos del delito estén expresados de forma explícita y precisa en su definición jurídica”.

¹³⁰¹ Pueden consultarse estas recomendaciones en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15597&LangID=S> (último acceso 19/03/2023).

¹³⁰² La Directiva 2017/541 añade a la definición una nueva letra i), que reza: “la interferencia ilegal en los sistemas de información a tenor del art. 4 de la Directiva 2013/40/UE, en los casos en los que sea de aplicación su art. 9.3 o 4, letras b) o c), y la interferencia ilegal en los datos a tenor de su art. 5, en los casos en los que sea de aplicación su art. 9.4, letra c)”.

¹³⁰³ “1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos

del art. 573 desborda significativamente sus previsiones (y lo mismo ocurre con las finalidades que actúan como elemento subjetivo y que otorgan el carácter de terrorista a la conducta).

Así pues, actualmente en España se considera delito de terrorismo la comisión de cualquier delito *grave* contra una serie de bienes jurídicos enumerados seguidamente, cuando se lleven a cabo con cualquiera de las finalidades terroristas previstas. El primer problema lo encontramos en la consideración de gravedad de las conductas, pues en el precepto no se especifica qué debe entenderse como tal. Algunos señalan que habrá que atender a la consideración legal de gravedad prevista en el art. 33 CP¹³⁰⁴ (aunque esto no se corresponda con las previsiones de los demás delitos del Capítulo, como se irá viendo). La definición europea, por su parte, no hace referencia expresa a la “gravedad” de las conductas, introduce una fórmula distinta, que, aunque no perfecta, podría ser más adecuada si se atiende a la finalidad de respetar la exigencia de lesividad objetiva que las conductas deberían reunir para considerarlas terroristas. Señala que las conductas deberán “por su naturaleza o contexto”, poder “perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional”.

según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

- intimidar gravemente a una población,
 - obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,
 - o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;
- a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados graves contra la integridad física de una persona; c) secuestro o toma de rehenes; d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas; g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h)”.¹³⁰⁴

¹³⁰⁴ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Penal Comentado*, 2015, pág. 770; GARCÍA RIVAS, en: PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, págs. 91-92; GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, pág. 1901.

El listado de delitos incluido en el art. 573 CP es el siguiente: delitos contra la vida¹³⁰⁵ o la integridad física¹³⁰⁶, la libertad¹³⁰⁷, la integridad moral¹³⁰⁸, la libertad e *indemnidad sexuales*¹³⁰⁹, el patrimonio¹³¹⁰, los recursos naturales o el medio ambiente¹³¹¹,

¹³⁰⁵ Homicidio (art. 138 CP); asesinato (arts. 139-140 CP); homicidio por imprudencia profesional (art. 142); inducción y cooperación ejecutiva al suicidio (art. 143); aborto (art. 144-145 CP).

¹³⁰⁶ Lesiones graves (arts. 149-150 CP); tráfico de órganos (art. 156 bis CP); lesiones al feto (art. 157 CP); delitos relativos a la manipulación genética y a la creación de armas mediante ingeniería genética (arts. 159-160 CP).

¹³⁰⁷ Detenciones ilegales (art. 163 CP); secuestro (arts. 164-167 CP); amenazas colectivas (art. 170 CP). Puede mencionarse aquí brevemente otra problemática en la que se dan serios solapamientos entre tipos penales. El art. 573.1, como se ha señalado, prevé en su listado los delitos graves contra la libertad, entre los que estarían las amenazas a colectivos previstas en el art. 170.1 CE. El citado precepto, prevé las denominadas amenazas colectivas o grupales, que consisten en amenazar con un mal constituyente de delito dirigido a *atemorizar* a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo. Pero, además, tras la reforma de 2015, el art. 573.1 convierte en delito de terrorismo los delitos graves que menciona si se han cometido, entre otras, con la finalidad de provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella, definición que coincide en gran parte con las amenazas a grupos o colectivos del art. 170.1. MUÑOZ CONDE MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 24ª ed., 2022, pág. 157-158, aprecia un concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad. Esta problemática ya existía anteriormente, pues el art. 572.1.3º también preveía las amenazas como posible delito a cualificar como terrorista. Sobre ello, pueden verse dos sentencias que deben dirimir varios concursos de delitos terroristas, entre los que se incluyen también las amenazas del art. 170 CP: la SAN 60/2006, de 8 de noviembre, y la STS 149/2007, de 26 febrero, que la anula. El sujeto recurrió en amparo por vulneración, entre otro, del derecho a la libertad de expresión, pero fue inadmitido. Los hechos fueron los siguientes: un preso condenado como miembro de ETA publica en un periódico dos cartas tituladas “El Escudo” y el “Gallizo”: en una de las cartas se leía “Jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura, carceleros sin escrúpulos (...) sacad vuestras manos sucias de Euskal Herria (...) Sí, sacadlas, porque otro camino solo implica más sufrimiento o el futuro terminará demostrando, sin duda que os quedasteis sin ellas”, y hacía mención a algunos nombres de personas determinadas. La AN calificó como los hechos como un delito de amenazas terroristas del anterior art. 572.1.3º, con agravante de reincidencia, y condenó al sujeto a doce años y siete meses de prisión. El TS anuló la sentencia e impuso la pena de tres años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo por un delito de amenazas no condicionales a grupos de personas, en concurso ideal con otro de enaltecimiento del terrorismo. Pero aún hay más, y es que el art. 170.2, castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años a los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas. Esta previsión, que realmente no son unas amenazas, aunque estén allí ubicadas, tiene cierto parentesco con la apología del delito, por lo que se solapa con otros preceptos de terrorismo, como el art. 579.1 (difusión de mensajes o consignas), el art. 579.3 (demás actos preparatorios terroristas), e, incluso con el art. 578 (enaltecimiento y justificación).

¹³⁰⁸ Tortura (arts. 174 y 176 CP).

¹³⁰⁹ El legislador modificó en 2022 la rúbrica del Título VIII y eliminó de ella la referencia a la indemnidad sexual, que ahora reza únicamente “Delitos contra la libertad sexual” (disposición final 4.6 de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual). Esta reforma, sin embargo, no fue acompañada de una supresión de la referencia a la indemnidad sexual del art. 573 CP. Tras la citada reforma de 2022 y la operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se incluirían en los delitos de terrorismo los delitos sexuales siguientes: arts. 179, 180, 181, 187 y 189 CP.

¹³¹⁰ Robo en casa habitada, edificio o local abiertos al público agravado (art. 241.4 CP; estafa agravada (art. 250 CP); daños (art. 266.3 y 4 CP).

¹³¹¹ Arts. 325-327 CP.

a salud pública¹³¹², de riesgo catastrófico¹³¹³, incendio¹³¹⁴, de falsedad documental¹³¹⁵, contra la Corona¹³¹⁶, de atentado¹³¹⁷ y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos¹³¹⁸, previstos en el presente CP, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías¹³¹⁹. Como se extrae de la lectura de

¹³¹² Elaboración o producción de un medicamento, sustancia activa o excipiente de dicho medicamento o un producto sanitario (arts. 362 quáter y 363 CP); delitos relativos al tráfico de estupefacientes y precursores (arts. 364, 365, 368 a 372 CP).

¹³¹³ Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, estragos y otros delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (arts. 341-343, 346 y 348.1 CP).

¹³¹⁴ Arts. 351-353 CP.

¹³¹⁵ Art. 390. Se trata de una novedad incorporada por la reforma de 2019, pues el art. 12 c) de la Directiva 2017/541 obligaba a incluir entre los delitos terroristas la falsedad documental, lo que no preveía la redacción anterior de 2015. Ahora bien, la Directiva no añade la falsedad documental a la definición de su art. 3 como sí hace el art. 573 CP, sino que lo hace en el art. 12, es decir, dentro del Título III “Delitos relacionados con actividades terroristas”, bajo la siguiente fórmula: “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que entre los delitos relacionados con actividades terroristas se incluyan los siguientes actos intencionados”: robo agravado, extorsión y falsedad documental.

¹³¹⁶ Arts. 485-487, 489 y 490.1 y 2 CP.

¹³¹⁷ Arts. 550.3, 551 y 554 CP. En este punto, formula CUERDA ARNAU, en: CRESPO BARQUERO, *Curso: La reforma*, 2015, págs. 12-13, una serie de reparos respecto de la previsión como delitos de terrorismo de los delitos de atentado contra la autoridad. Indica que conductas tales como las agresiones que un individuo aislado dirija contra agentes en el marco de graves desórdenes públicos y con la finalidad de alterar gravemente la paz, o, con matices, masacres tipo *Columbine* en centros educativos contra estudiantes y personal docente (indiscutiblemente incluidos entre los sujetos protegidos) en tanto se estimen idóneos para generar terror entre la comunidad educativa, familias y resto de implicados.

¹³¹⁸ Arts. 566.1.1º y 3 y 568 CP. Aquí cabe apuntar una grave incoherencia del legislador español. Como se ha visto, en la lista de delitos comunes susceptibles de ser apreciados como terroristas, se incluye la “tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos”, que, en conexión con el art. 573 bis 1.5ª CP, deberá llevar aparejada la pena prevista para esa conducta en su mitad superior, pudiendo llegar a la superior en grado. Dichas conductas quedarían reguladas en su modalidad común en distintos preceptos: en los arts. 566.1.1º y 3º (en conexión con el art. 573 bis 1.5ª, la pena podría ir de los siete años y medio a los quince años de prisión) y 568 CP (en conexión con el art. 573 bis 1.5ª, la pena podría ir de los seis a los doce años de prisión), pues la previsión del art. 573 se refiere a la rúbrica del Capítulo V del Título XXII. No obstante, el art. 574 CP se ocupa expresamente del “depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo”, asignándole una pena de ocho a quince años de prisión cuando los hechos se cometan con cualquiera de las finalidades del art. 573.1 CP. Se recogen en los siguientes apartados los tipos agravados (diez a veinte años de prisión) cuando se trate de armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva, o para los que desarrollen armas químicas o biológicas, o se apoderen, posean, transporten, faciliten a otros o manipulen materiales nucleares, elementos radioactivos o materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes. De esta forma, se recogen las mismas conductas (la tenencia, el tráfico y el depósito, no así la mera colocación o empleo) en preceptos distintos (arts. 573 y 573 bis en relación con los arts. 566.1.1º, 3º y 568; y en el art. 574), creando inseguridad jurídica y formando un concurso de leyes. CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 846, entiende que la aplicación de la regla de alternatividad parece la única solución razonable. Por su parte, GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, pág. 1905, advierte que, el art. 574 es *lex specialis* respecto del 573.1 y también respecto de las respectivas infracciones comunes (el elemento especializante se encarna en la finalidad terrorista). Me decanto por esta última solución.

¹³¹⁹ Parece que se refiere al delito de piratería. No se comprende el porqué de su redacción en último lugar después de la mención “previstos en el presente Código”, pues la piratería se recoge en los arts. 616 ter y quater, por lo que están previstos en el CP.

este precepto, el legislador se refiere en ocasiones a Títulos o Capítulos muy extensos del CP, o incluso hace referencia a bienes jurídicos, lo que engloba preceptos de muy distinta naturaleza y gravedad, que en muchas ocasiones poco tienen que ver con acciones terroristas.

De acuerdo con el art. 573.2, se consideran igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los arts. 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quáter cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades descritas¹³²⁰ (no exigiéndose aquí el requisito de la gravedad).

Y, por último, el apartado 3 del artículo establece que tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en ese Capítulo, dejando claro de esta forma que todos los delitos del Capítulo VII del Título XXII del Libro II¹³²¹ tienen la naturaleza de terroristas. Esta previsión, que no respeta la división que realiza la Directiva 541/2017, tiene como claro propósito extender a todos los supuestos las medidas excepcionales aplicables a los delitos de terrorismo¹³²², aunque, como ya se ha puesto de manifiesto, las medidas suspensivas del art. 55.2 no son aplicables al delito de enaltecimiento del terrorismo de acuerdo con la STC 199/1987, de 16 de diciembre, o a

¹³²⁰ A este respecto señala CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, págs. 915-916, que el problema de convertir los daños informáticos en delito de terrorismo es que se puede caer en arbitrariedad a la hora de calificar una conducta específica como acorde con el tipo objetivo. Por ejemplo, la saturación del servicio de correo por el envío masivo de emails a los diputados, puede considerarse como delito de terrorismo si, por ejemplo, dicha conducta consigue paralizar el servidor del Congreso, o, acudiendo al elemento teleológico del art. 573.1.1ª, logra “desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas”. En consecuencia, el denominado *hacktivismo* pasaría a tener la calificación de terrorismo siempre y cuando, eso sí, se lleve a cabo con los objetivos reseñados en el art. 573. A mayor abundamiento, en el supuesto de que uno o varios de estos *hackers* decidiesen asaltar los archivos informáticos de, por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional, estarían incurriendo directamente en un delito de terrorismo. Por otro lado, el art. 197 bis 1 castiga con pena de prisión de seis meses a dos años a quien, “por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo”. Los *hackers* podrán ser perseguidos por esa misma conducta, pero en calidad de presuntos terroristas, lo cual, entre otras cosas, da lugar a que el techo punitivo se amplíe de forma notoria, al disponer del art. 573 bis 3 que la delincuencia informática en el contexto terrorista se castigará “con la pena superior en grado a la respectivamente prevista en los correspondientes artículos”.

¹³²¹ El depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes (art. 574); el adoctrinamiento/adiestramiento pasivo, el autoadoctrinamiento/autoadiestramiento y el traslado y establecimiento en el extranjero con fines terroristas (art. 575); la financiación del terrorismo (art. 576); el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas (art. 578); la difusión de mensajes y consignas terroristas (art. 579); la colaboración con elemento, grupo u organización terrorista (art. 577); y, por supuesto, la dirección y participación en una organización o grupo terrorista (art. 572).

¹³²² De esta opinión: LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos*, 1ª ed., 2016, pág. 993.

efectos de determinar la competencia de los órganos judiciales españoles *ex art. 23.4 LOPJ*.

En el precepto siguiente (art. 573 bis, relativo a las penas), el legislador intenta ser más específico, al señalar las penas aplicables para cada conducta delictiva sin hacer referencia a Títulos o Capítulos completos (menciona, por ejemplo, las detenciones ilegales, los secuestros, las lesiones, los estragos, etc.)¹³²³. No obstante, este intento de precisión quiebra cuando se analiza su apartado 1.5^a, que impone la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, cuando se trate de cualquier otro de los delitos a que se refiere el art. 573.1. Así pues, debemos seguir entendiendo que, bajo la legislación vigente, delitos como la estafa agravada, el tráfico de drogas, el tráfico de órganos, la manipulación genética, la inducción al suicidio o la pornografía infantil o de personas con discapacidad podrán considerarse terrorismo, aunque poca o ninguna conexión tengan con el fenómeno ni con la contribución a sus fines.

Como se observa, la lista de delitos del art. 573 desborda la prevista por el art. 3 de la Directiva 541/2017 (o la del art. 1 de la sustituida DM 2002/475/JAI), tanto cualitativa como cuantitativamente. Cualitativamente, porque la lista europea exige que las conductas sean aptas para “perjudicar gravemente a un Estado o a una organización internacional”, y porque la nota común de los delitos que contiene la configuración de la UE es la mayor lesividad de las conductas, que generalmente exigen el peligro para las vidas humanas, lo que no se corresponde con la tipificación española, como acaba de corroborarse. También cualitativamente porque las finalidades europeas son más sucintas que las españolas y disponen aspectos que las hacen más restrictivas, como seguidamente veremos. Y cuantitativamente, porque el listado de delitos previstos en el art. 573 CP es mucho más amplio que el de la Directiva, remitiéndose a Títulos o Capítulos completos del CP, lo que amplía sobremanera aquellos delitos que pueden calificarse como terroristas.

Lo dicho hasta ahora lleva a una conclusión de vital importancia, y es que, dado el elenco de conductas incluidas en el art. 573, la configuración de los delitos de terrorismo en nuestro país no exige como elemento la violencia.

¹³²³ Dejando aquí a un lado las incongruencias penológicas que prevé, que son estudiadas *infra* en: La agravación de las penas por delitos de terrorismo.

1. El elemento subjetivo o teleológico

La reforma de 2015 hace recaer el injusto de los delitos de terrorismo únicamente en el elemento teleológico, lo que entraña serios peligros.

Como se ha visto, la determinación de un elemento subjetivo adicional (además del dolo relativo al delito común cometido) es necesario en opinión de la doctrina mayoritaria si se quieren diferenciar los delitos de terrorismo de sus homólogos comunes o de otras formas de delincuencia organizada; y otros lo toman incluso como elemento determinante de su mayor lesividad.

La LO 2/2015 prescinde del elemento estructural y hace recaer todo el peso en el elemento teleológico, ampliándolo. Anteriormente, el delito de terrorismo recogido en el CP se había caracterizado por llevar a cabo determinadas conductas con dos finalidades (alternativas): la “subversión del orden constitucional” o la “alteración grave de la paz pública”. Aunque problemáticas e indeterminadas, estas finalidades ya habían sido interpretadas por los tribunales y por la doctrina, acotando de algún modo su significado. La reforma de 2015 (en transposición de las contenidas en la DM 2002/475/JAI), amplía la finalidad del apartado 1º, para recoger ahora también la finalidad de “suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales de un Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”. Y añade dos finalidades más: “desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional” y “provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”. Todas ellas, y aquí se encuentra el *quid* de la cuestión, siguen siendo alternativas: basta con la apreciación de una de ellas junto con la comisión de cualquiera de los delitos graves que prevé el art. 573 para imputar el carácter de terrorista a la conducta. Y aunque las finalidades que expone el art. 573 CP son neutrales en el sentido de que no se refieren a una o varias ideologías o formas de terrorismo¹³²⁴; la realidad es bien distinta, pues se puede concluir sin mucha dificultad que determinadas acciones delictivas con finalidad política, si provienen de sujetos adheridos a ciertas ideologías son consideradas como terroristas mientras que otras conductas de similares características no son catalogadas como tales (o son más

¹³²⁴ Aunque sí hacen especial referencia a un tipo determinado de terrorismo el Preámbulo de la LO 2/2015 y los instrumentos internacionales en los que la reforma se apoya: “el *nuevo* terrorismo yihadista”.

escasamente catalogadas como tales). Así, como se ha señalado, los movimientos de ultraderecha encuentran más problemas para ser catalogados como terrorismo.

De la lectura de las cuatro finalidades se desprende su vaguedad, quedando en entredicho las exigencias y prohibiciones del principio de legalidad penal.

1.1. La primera finalidad: “subvertir el orden constitucional o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”

La finalidad de “subversión del orden constitucional” (junto a la de la “alteración grave de la paz pública”) ha configurado tradicionalmente los delitos de terrorismo en España. De acuerdo con el Diccionario de la RAE, “subvertir” significa “trastornar o alterar algo, especialmente el orden establecido”. Señala el Preámbulo de la LO 2/1998 que la subversión del orden constitucional significa (gramaticalmente, pero también por interpretaciones históricas, contextuales e incluso de Derecho comparado) la destrucción violenta del Estado democrático y de sus instituciones. Significativa a efectos de la interpretación de la subversión del orden constitucional fue la SAN 30/1991, de 20 de septiembre, que condenaba a los policías José Amedo y Michel Domínguez, miembros destacados de los GAL. La citada sentencia dictaminó que los acusados no podían ser considerados terroristas, pues sus actuaciones no tenían como fin la destrucción del orden democrático, sino más bien el de defender su estabilidad, “aunque por métodos jurídicamente repudiables”. No es objeto de esta tesis el terrorismo de Estado y por ello no me extenderé más, pero cabe preguntarse si algo puede destruir más el orden democrático y propugnar la inestabilidad del sistema que sus propios funcionarios no respeten el Estado de Derecho.

El legislador de 2015 añadió más contenido a esta primera alternativa finalista, que ahora prosigue con la exigencia de: “o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”. Fusiona en una las finalidades b) y c) del art. 3.2 de la Directiva 541/2017.

La previsión de “suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado”, es prácticamente una transcripción de lo previsto en el art. 3 de la Directiva. Cambia el verbo

típico “destruir” por “suprimir”, y elimina la previsión “estructuras constitucionales”, pues la subversión (primera finalidad), ya lo es del orden constitucional. Señala alguna doctrina lo superfluo¹³²⁵ de esta parte de la finalidad 1ª, por repetitiva y recurrente¹³²⁶.

En cuanto a la última adición de la finalidad 1ª del art. 573 CP “obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”, cabe señalar en primer lugar que es un elemento recurrente en los intentos internacionales de definición del terrorismo. Así, puede encontrarse, además de en la Directiva (y en la DM 2002/475/JAI), en la Resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad, en el art. 2.1 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999, en el art. 2 del Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005, o en el art. 2.1 del Proyecto de Convenio general sobre terrorismo. Ahora bien, este respaldo internacional no excluye que se trate de una finalidad sumamente amplia y difícil de concretar. Atendiendo a su tenor literal, supone la finalidad que, a mi juicio, puede dar entrada de una forma más manifiesta a la consideración como terroristas de conductas que no lo son¹³²⁷. Piénsese, por ejemplo, en la comisión de delitos informáticos que paralicen los sistemas informáticos de una Administración pública, con la finalidad de que esta se abstenga de realizar un acto; o la comisión de un delito de atentado en el curso de una manifestación que tenía por objeto la reivindicación a la Administración de una determinada acción por su parte. Además, la transposición española que añade esta finalidad a nuestro ordenamiento curiosamente olvida el adverbio “indebidamente” presente en la redacción europea¹³²⁸, y que serviría al intérprete para desechar del ámbito del terrorismo conductas como las recién citadas.

¹³²⁵ CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, pág. 917; PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, págs. 227.

¹³²⁶ También se refiere la Directiva en esta misma finalidad a la desestabilización o destrucción de una organización internacional, extremo que el legislador español prefirió reservar para una finalidad autónoma, concretamente la 3ª.

¹³²⁷ También, entre otros: CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, págs. 921-922; GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, pág. 1895.

¹³²⁸ “Obligar *indebidamente* a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”.

1.2. La segunda finalidad: “alteración grave de la paz pública”

Esta segunda finalidad tradicional de los delitos de terrorismo ha sido siempre calificada como indeterminada, y, por tanto, difícilmente conjugable con el principio de legalidad¹³²⁹.

Ya se han expuesto los problemas definitorios de la “paz pública” y de su significado hueco como bien jurídico penal autónomo. Aquí, además, habrá de descifrarse qué supone su “alteración grave”. El Preámbulo de la LO 2/1998 diferencia entre paz pública y orden público, y lo hace por la vía de su alteración: “alterar gravemente la paz pública supone una situación cualitativamente distinta (por su específica gravedad) de la alteración del orden público sancionada penalmente, de tal manera que se pongan en cuestión los propios fundamentos de la convivencia democrática”.

La STC 199/1987, de 16 de diciembre, entiende que la alteración de la paz pública en el contexto del terrorismo se caracteriza por “impedir el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios y la ordinaria y habitual convivencia ciudadana”. La STS de 25 de enero de 1990 (RJ 1990\4696) dictamina que “se *atenta* contra la paz pública cuando se produce ‘alarma social y perturbación en el seno de la vida ciudadana’”. En este sentido la sentencia de esta misma sala de 28 de octubre de 1987 (RJ 1987\7617), que define la paz pública como “resultante del normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos. La paz pública es así un aspecto de la paz social que se funda en el respeto a la ley y a los derechos de los demás, en el Estado social y democrático de Derecho en que España está constituido y se atenta contra ella cuando se utilizan medios violentos que por su trascendencia producen su quiebra”. Ahora bien, como otros tipos penales también contienen referencias a la paz pública, el TS ha dictaminado qué debe entenderse por esta en el ámbito del terrorismo: “si bien [ambos] pueden generar confusión al hacer referencia al mismo fin atentar contra la paz pública, el significado tiene distinto alcance. Ha de interpretarse, pues, que el ánimo de alterar gravemente la paz pública que exige [el terrorismo] le otorga a este concepto un alcance político-social que trasciende la mera alteración incidental del orden público, generando una atmósfera social de temor y desasosiego que afecta de manera general a un número indiferenciado de ciudadanos y pone en peligro la convivencia democrática y el normal

¹³²⁹ CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 2008, pág. 56; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Penal Comentado*, 2015, pág. 772; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos*, 1ª ed., 2016, pág. 992;

desenvolvimiento de las instituciones. Ha de entenderse que el delito de terrorismo siempre ha de tener, en mayor o menor medida, cierta connotación o significado político que no puede quedar volatilizado mediante una interpretación restrictiva de la expresión siempre equívoca de ‘la paz pública’¹³³⁰.

Para alguna doctrina, la finalidad de alteración de la paz pública carece de significación política alguna¹³³¹, y ello la hace difícilmente conjugable con el espíritu del terrorismo. Señala por ejemplo GARCÍA RIVAS que la alteración de la paz pública es una finalidad inherente a los delitos contra el orden público, sobre todo a los delitos de desórdenes públicos, y su inclusión como finalidad en los delitos de terrorismo contribuye a perturbar la noción de ese tipo de delincuencia y a desdibujar su perfil, que debería ser netamente político¹³³². Así, para alguna doctrina esta finalidad debería suprimirse, en tanto que no refleja la finalidad política inherente al terrorismo¹³³³, que (de mejor o peor forma) sí expresaría la finalidad de subversión del orden constitucional. Otra doctrina entiende que, en el terrorismo, la paz pública debe interpretarse junto con la subversión del orden constitucional, destacando de ese modo la significancia política del terrorismo¹³³⁴. ASÚA BATARRITA argumenta por el contrario que, en relación con el terrorismo, la finalidad de alterar la paz pública puede delimitarse adecuadamente en su conexión con el efecto intimidante del método terrorista, pero más difícil resulta la clarificación de la finalidad alternativa de subversión del orden constitucional, cuya dimensión política favorece una interpretación extensiva que puede abocar hacia el

¹³³⁰ STS 865/2011, de 20 julio.

¹³³¹ De esta opinión: LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, pág. 169; GARCÍA RIVAS, en: PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, pág. 93; POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, págs. 154 y 156.

¹³³² GARCÍA RIVAS, en: PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, pág. 93.

¹³³³ Entre otros: GEPC, *Una alternativa*, 2010, págs. 25-26; LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, pág. 169, que plantea su supresión o previsión, como mucho, cumulativamente; PÉREZ CEPEDA, en: MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO (Coord.), *Represión penal y Estado de Derecho*, 2018, pág. 1030.

¹³³⁴ TORRES FERNÁNDEZ, *Los delitos de desórdenes públicos*, 2001, pág. 244, lo interpreta así para diferenciar el terrorismo de los desórdenes públicos: “El fin de atentar contra la paz pública, compartido por los delitos de terrorismo y algunos delitos de desórdenes públicos y definido como la actuación al margen de los mecanismos de participación que ofrece el Estado democrático, en el contexto de la actividad terrorista, estará directamente conectado a otro fin más específico del terrorismo, esto es, a la subversión del orden constitucional en el sentido de ataque directo a los fundamentos del Estado; mientras que en los desórdenes público el fin de atentar contra la paz pública se pondrá al servicio de pretensiones de otra índole, generalmente político-social”. También opina CANCIO MELIÁ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 61, que la alteración grave de la paz pública debe interpretarse como una modalidad de la subversión del orden constitucional, pues de lo contrario se generarían dos ámbitos de aplicación del terrorismo, uno con significación política, y otro, sin ella.

campo del Derecho penal de autor”¹³³⁵. La alteración de la paz remite a una situación constatable de constricción de la libertad que se produce con relación a personas o colectivos más o menos amplios, hostigados por la amenaza de persecución, que puede afectar a la población en general¹³³⁶. Otros los interpretan como el objetivo inmediato perseguido por una determinada organización o grupo terrorista en el sentido de perturbar la normalidad de la convivencia ciudadana, creando una situación de grave inseguridad y terror social¹³³⁷, lo que haría redundante la cuarta finalidad.

1.3. La tercera finalidad: “desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional”

Se trata de un inciso novedoso, que incorpora al ordenamiento lo establecido en la DM 2002/475/JAI. Y esa es la razón de su adición al elenco de finalidades, pues a mi juicio no añade nada nuevo. OLMEDO CARDENETE encuentra acertada la previsión dado el papel que juegan las organizaciones internacionales hoy en día en la prevención del terrorismo¹³³⁸. Y aunque no le falta razón, en mi opinión, un ataque terrorista dirigido a, por ejemplo, la sede de una organización internacional en España, era perfectamente subsumible en las finalidades tradicionales, sin necesidad de añadir una nueva.

Señala CAMPO MORENO que la utilización del verbo “desestabilizar” es adecuada, en tanto que el ámbito territorial de las organizaciones internacionales impediría que una actuación terrorista pudiera suprimir su funcionamiento completo¹³³⁹. Ahora bien, qué implica “desestabilizar gravemente”, no está claro en absoluto. De hecho, la multiplicidad de sedes de la mayoría de las organizaciones internacionales impediría que el ataque sufrido por una de ellas desestabilizara gravemente el funcionamiento de la organización en su conjunto. Debería, entonces, ser un ataque muy grave y ciertamente masivo para cumplir con los requerimientos de esta concreta finalidad.

¹³³⁵ ASÚA BATARRITA, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Derecho penal del enemigo*, Vol. 1, 2006, pág. 274. Aunque en otro lugar ofrece la autora la posibilidad de apreciar cumulativamente los dos elementos subjetivos de “subversión del orden constitucional” y “alteración grave de la paz pública” (ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 78).

¹³³⁶ ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 79-80.

¹³³⁷ CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, pág. 913.

¹³³⁸ OLMEDO CARDENETE, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Sistema PE*, 4ª ed., 2021, pág. 1586.

¹³³⁹ CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma*, 2015, págs. 45-46.

Por otro lado, algún sector doctrinal se pregunta a qué organizaciones internacionales se refiere¹³⁴⁰, y, con el fin de restringir el tipo, las circunscriben a las de ámbito político y militar¹³⁴¹, o a organizaciones políticas fundamentales como la UE o la ONU¹³⁴².

1.4. La cuarta finalidad: “provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”

El legislador español de 2015 añade esta nueva finalidad, que no coincide con las versiones europeas (ni con la DM 2002/475/JAI ni con la Directiva de 2017), que la formulan como sigue: “intimidar gravemente a una población”. Sí prevén otras *definiciones* internacionales específicamente la creación de un estado de terror en la población: el Convenio para la prevención y represión del terrorismo de 1937 (que nunca llegó a entrar en vigor); la Resolución 1566 (2004), apartado 3º; o la Resolución 49/60 de la AG, de 17 de febrero de 1995, párr. 3.

Ya se han puesto de manifiesto en otro lugar los reparos para con el principio de lesividad (y legalidad) que conlleva la utilización jurídica del término “terror” y de alusiones tan indeterminadas como “la población o una parte de ella”.

No es más que una derivación de la alteración grave de la paz pública¹³⁴³, un grado más de esta¹³⁴⁴. Para algunos, por tanto, carece también de significación política diferenciada¹³⁴⁵. Si se interpreta como una prolongación de la alteración grave de la paz pública no respetaría el principio de lesividad ni el de proporcionalidad de las penas. Esto

¹³⁴⁰ PÉREZ CEPEDA, en: MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO (Coord.), *Represión penal y Estado de Derecho*, 2018, pág. 1029; PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, pág. 229.

¹³⁴¹ PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, pág. 229: “la redacción vigente puede permitir, por ejemplo, calificar de terroristas actos delictivos contra el patrimonio que puedan producirse en el seno de movimientos sociales cuya finalidad sea desestabilizar al Fondo Monetario Internacional y propugnar otro tipo de políticas económicas”.

¹³⁴² GARCÍA RIVAS, en: PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, pág. 93.

¹³⁴³ También: CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, pág. 917; OLMEDO CARDENETE, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Sistema PE*, 4ª ed., 2021, pág. 1586.

¹³⁴⁴ De esta misma opinión: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Penal Comentado*, 2015, pág. 772: “la creación del terror es un paso más en la gravedad del hecho que puede comenzar con una alteración a la paz pública, porque alterar la paz pública no causa necesariamente terror”; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos*, 1ª ed., 2016, pág. 992.

¹³⁴⁵ De esta opinión: GARCÍA RIVAS, en: PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, pág. 93; COLOMER BEA, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pág. 145.

último, porque, si la finalidad de alteración grave de la paz pública ya supone que una conducta delictiva grave pueda ser considerada terrorista, y la causación de terror (que se supone más grave) también lo hace, estamos ante finalidades con exigencias distintas (una de ellas exige más gravedad) penadas con las mismas penas. Es cierto que alguna doctrina y jurisprudencia, como ya he señalado, interpretan la alteración de la paz pública como una situación de terror o inseguridad. Si así se interpreta la alteración grave de la paz pública, esta cuarta finalidad resulta a todas luces redundante.

Según una parte de la doctrina, como ya he señalado, el terror no puede configurarse como una finalidad del terrorismo, sino que representa el instrumento o el medio que los terroristas precisamente utilizan para la consecución de sus propósitos ulteriores¹³⁴⁶. Para otra doctrina, sin embargo, constituye la finalidad por excelencia del terrorismo, sin la cual, este pierde su esencia¹³⁴⁷. Ya he señalado mi opinión al respecto al tratar la lesividad específica del terrorismo. Entiendo que el terrorismo funciona como una estrategia amenazante para intentar condicionar al poder político democrático. No obstante, la intención con la que se amenaza no es lo más relevante, sino la idoneidad “atemorizadora” o intimidadora de dicha amenaza. Encuentro, además, más adecuado el empleo del término “intimidación” en lugar del de “terror”, pues está presente en otros preceptos del CP, en la Directiva europea y es un término interpretado jurisprudencialmente.

2. ¿Y el elemento estructural u organizativo?

En la redacción originaria del CP 1995, las organizaciones y grupos terroristas estaban tipificadas entre las asociaciones ilícitas, como un supuesto agravado de las mismas (art. 515.2º CP). En el Preámbulo de la LO 5/2010, se explica la necesidad de reformar el delito de asociación ilícita, y, aunque mantuvo el art. 515, extrajo de él los supuestos de terrorismo y pasó a recoger únicamente los supuestos delictivos de “abuso” del derecho de asociación (art. 22 CE)¹³⁴⁸. Así, a partir de 2010, el CP describía las

¹³⁴⁶ En esta línea: CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma*, 2015, pág. 46; TERRADILLOS BASOCO, *Nuevo Foro Penal*, Nº87, 2016, pág. 42; PÉREZ CEPEDA, en: MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO (Coord.), *Represión penal y Estado de Derecho*, 2018, pág. 1030; CASTELLVÍ MONSERRAT, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/HORTAL IBARRA (Coord.), *Manual PE*, T.1, 2ª ed., 2019, pág. 840; PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, pág. 229.

¹³⁴⁷ ASÚA BATARRITA, en: ECHANO BALDASUA, *Estudios jurídicos Lidón*, 2002, pág. 80; GARCÍA ARÁN, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios PE*, T.II, 2004, págs. 2604-2605.

¹³⁴⁸ El Preámbulo reza: “La configuración de dicho delito [asociación ilícita] como una manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación del art. 22 CE, no

organizaciones o grupos terroristas en el art. 571 como las que tuvieran por finalidad subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. El art. 572 cualificaba a la categoría de delitos de terrorismo una serie de delitos comunes (estragos o incendios, contra la vida o la integridad física o contra la libertad) que fueran cometidos por los pertenecientes a o colaboradores de una organización o grupo terrorista.

Si bien es cierto que hasta 2015 el legislador español otorgaba una importancia significativa a este elemento organizativo, también lo es que, desde 1995, ya preveía el denominado “terrorismo individual” en su art. 577¹³⁴⁹. La LO 7/2000 modificó y amplió el espectro de este precepto¹³⁵⁰ para *combatir*, según su Preámbulo, de forma más eficaz el “terrorismo urbano”¹³⁵¹. Aunque parece arduo concebir cómo un sujeto aislado va a subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública¹³⁵², la LO 7/2000 añadió

responde ni a la letra ni al espíritu de esta norma. El texto constitucional declara la ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito; de donde desde luego no es forzoso deducir que cualquier agrupación de personas en torno a una actividad delictiva pueda conceptuarse como asociación, y menos aún asimilarse al ejercicio de un derecho fundamental, como sugiere la ubicación sistemática de la norma penal. Las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente “asociaciones” que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad. (...) A sabiendas, precisamente, de la polémica doctrinal surgida en torno a la ubicación sistemática de estos tipos penales, se ha optado finalmente por situarlos dentro del Título XXII del Libro II, es decir, en el marco de los delitos contra el orden público”.

¹³⁴⁹ La redacción de 1995 del art. 577 era la siguiente: “Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los arts. 149 o 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaran a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos o tenencia, tráfico y depósitos de armas o municiones, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido, en su mitad superior”.

¹³⁵⁰ La redacción introducida por la LO 7/2000 era la siguiente: “Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los arts. 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaran a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los arts. 263 a 266, 323 o 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido en su mitad superior”.

¹³⁵¹ Según el Preámbulo de la LO 7/2000: “la experiencia demuestra, sin embargo, que estas previsiones no están cumpliendo el objetivo perseguido. Por una parte, porque los sucesos de terrorismo urbano sólo vienen considerados como tales en el caso de que exista riesgo para la vida o la integridad física de las personas. (...) La nueva redacción del art. 577, partiendo de que, según se dice ahora expresamente, estas acciones no se limitan a dañar bienes materiales individuales o colectivos, sino que persiguen atemorizar a toda una población o colectivo para favorecer los fines terroristas, poniendo con ello en entredicho valores constitucionales que, como el respeto a la vida o a la dignidad de las personas o la propia libertad, deben ser objeto de la máxima protección, incorpora el delito de daños al elenco de los enumerados en dicho precepto y resuelve las dudas interpretativas sobre la tenencia de explosivos utilizados para cometer actos de terrorismo”.

¹³⁵² De la misma opinión: NÚÑEZ CASTAÑO, *Los delitos de colaboración*, 2013, págs. 109-110; CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2016, págs. 1939-1940; CASTELLVÍ

(aparentemente) a esas finalidades típicas clásicas una nueva para el supuesto del terrorismo individual, la de “contribuir con esos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional”¹³⁵³. Dice sobre esto CANCIO MELIÁ que “resulta difícil sustraerse a la impresión de que el legislador perseguía más bien castigar una mera actitud subjetiva o evitar problemas de prueba en relación con la conexión de los autores con una organización”. Ahora bien, aunque el legislador formalmente incluye esto como una finalidad, materialmente no queda tan claro que lo sea, pues la finalidad propiamente sería la de “contribuir a los fines”, pues configura el resto de la expresión como un medio: “atemorizando...”. En todo caso, se trata de una previsión legislativa de suma ambigüedad.

Con la LO 2/2015, se da otro (gran) paso adelante¹³⁵⁴. Según el legislador español¹³⁵⁵ y algunas Organizaciones Internacionales¹³⁵⁶, la *nueva* amenaza terrorista representada por el terrorismo yihadista no podía ser combatida con la legislación

MONSERRAT, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/HORTAL IBARRA (Coord.), *Manual PE*, T.1, 2ª ed., 2019, pág. 841.

¹³⁵³ CANCIO MELIÁ, *JpD*, N°44, 2002, págs. 25-26.

¹³⁵⁴ La LO 5/2010 también había modificado el art. 577, pero únicamente para suprimir la expresión “bandas armadas”.

¹³⁵⁵ El Preámbulo de la LO 2/2015 reza: “La experiencia de la lucha contra el terrorismo en España nos ha permitido contar con una legislación penal eficaz en la respuesta al terrorismo protagonizado por bandas armadas como ETA o el GRAPO, esto es, grupos terroristas cohesionados alrededor de uno o varios líderes, con estructura orgánica clara, reparto de roles dentro de la organización y relaciones de jerarquía definidas y asumidas por los integrantes del grupo terrorista. La respuesta penal al terrorismo se articulaba, por tanto, en la sanción de quienes pertenecían, actuaban al servicio o colaboraban con organizaciones o grupos terroristas. El eje del tratamiento penal del terrorismo era, por tanto, la definición de la organización o grupo terrorista y la tipificación de aquellas conductas que cometían quienes se integraban en ellas o, de alguna forma, prestaban su colaboración. El CP no debe, en ningún caso, perder esa perspectiva de tipificación de las conductas articuladas en torno a organizaciones o grupos terroristas, pero es evidente que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional”.

¹³⁵⁶ Entre otras, destacan: la Directiva 2017/541 declara que “la amenaza terrorista ha aumentado y se ha desarrollado rápidamente en los últimos años. Los denominados combatientes terroristas extranjeros viajan al extranjero con fines terroristas y los que regresan suponen una importante amenaza de seguridad para todos los Estados miembros. Los combatientes terroristas extranjeros han estado relacionados con atentados y complotos recientes en varios Estados miembros. Además, la Unión y sus Estados se enfrentan a la creciente amenaza que representan las personas que, aunque permanecen dentro de Europa, reciben inspiración o instrucciones de grupos terroristas situados en el extranjero. (...) Teniendo en cuenta la evolución de las amenazas terroristas (...) procede aproximar en mayor medida la definición de delitos de terrorismo, de delitos relacionados con un grupo terrorista y de delitos relacionados con actividades terroristas, de modo que abarque de forma más exhaustiva las conductas asociadas, en particular, a los combatientes terroristas extranjeros y a la financiación del terrorismo”; el Consejo de Europa, en el Protocolo Adicional, advierte “su honda preocupación por la amenaza derivada de las personas que viajan al extranjero con objeto de cometer, contribuir a la comisión o participar en delitos de terrorismo, o para proporcionar o recibir adiestramiento con fines terroristas en el territorio de otro Estado”. Por último, la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad señala que “*Observando con preocupación* que la amenaza del terrorismo ha cobrado un carácter más difuso, con un incremento de los actos terroristas en diversas regiones del mundo (...)”.

anterior, a pesar de que España contaba con una de las regulaciones antiterroristas más severas y completas de Europa. Afirmaba el Preámbulo, como ya se ha mencionado, “es evidente que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional”. Sobre esto, apunta CANO PAÑOS que se echa en falta en la reforma una alusión directa al fenómeno del terrorismo individual y que debería haberse incorporado un artículo que hiciese referencia explícita a aquellos sujetos que, sin pertenecer a una organización terrorista, cometieren alguno de los delitos tipificados en la Sección 2ª del Capítulo VII movidos por el elemento teleológico que tradicionalmente se asocia a la violencia terrorista¹³⁵⁷. En mi opinión, creo no obstante que el legislador tenía la simple intención de desterrar ese elemento estructural de una vez por todas, haciendo así posible, precisamente, la condena de sujetos que actúen aisladamente más fácilmente, sorteando la dificultad de probar su conexión con un grupo u organización. Ahora, todos los tipos (salvo que se diga lo contrario, es decir, que el delito solo podrá ser perpetrado por un grupo u organización) son susceptibles de ser cometidos por un sujeto aislado. Legalmente, ya no se puede hablar de terrorismo como una violencia organizada¹³⁵⁸. Existe un resquicio del elemento organizativo como requisito de comisión de delitos de terrorismo. Este se encuentra en el art. 573 bis 4, que dispone que los desórdenes públicos agravados (los previstos en art. 557 bis CP)¹³⁵⁹, así como los delitos de rebelión, serán considerados como delitos de terrorismo si son cometidos *por una organización o grupo terrorista, o individualmente pero amparados en ellos*, y castigados con la pena superior en grado. Desde 2015 hasta la reforma operada por la LO 14/2022, de 22 de diciembre¹³⁶⁰, también preveía el art. 573 bis 4 los delitos de

¹³⁵⁷ CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, pág. 912.

¹³⁵⁸ CASTELLVÍ MONSERRAT, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/HORTAL IBARRA (Coord.), *Manual PE*, T.1, 2ª ed., 2019, pág. 839.

¹³⁵⁹ He estudiado esta cuestión en: MOLINA ÁLVAREZ, en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/LOMBANA VILLALBA/ROSO CAÑADILLAS/TRAPERO BARREALES/OLAIZOLA NOGALES/PAREDES CASTAÑÓN/DE VICENTE REMESAL (Dir.), *LH Luzón Peña*, 2020, págs. 1771-1780. Sobre desórdenes públicos terroristas, también: COLOMER BEA, *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, 2021, págs. 333 y ss., que los trata como un “tipo super agravado de los delitos de desórdenes públicos”; GÓMEZ RIVERO, en: GALÁN MUÑOZ/GÓMEZ RIVERO (Dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, 2022, págs. 353-395. Y, sobre rebelión terrorista: JAVATO MARTÍN, en: GALÁN MUÑOZ/GÓMEZ RIVERO (Dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, 2022, págs. 397-424.

¹³⁶⁰ “De transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso”.

sedición terrorista, que, al ser suprimidos en su modalidad común por la citada norma, también lo han sido en su modalidad terrorista.

Esta supresión del elemento estructural se realiza sin perjuicio de, por supuesto, seguir tipificando la pertenencia y la colaboración con organizaciones terroristas (arts. 572 y 577 CP respectivamente), que dará entrada a las pertinentes relaciones concursales.

El art. 571 define organización y grupo terrorista de la siguiente forma: “se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el art. 570 bis 1.º [organización criminal: agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos] y en el art. 570 ter 1.º [grupo criminal: unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos], tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la Sección siguiente [“De los delitos de terrorismo”]”. Como bien pone de manifiesto CUERDA ARNAU, es criticable el exiguo número de integrantes en ambos casos y su falta de estabilidad en el caso de los grupos. Ello los separa radicalmente de la figura y la concepción tradicional más restrictiva de la banda u organización terrorista para dar exclusivamente entrada en los mismos a los grupos permanentes, organizados y suficientemente numerosos como para establecer relaciones de cierta jerarquía y subordinación, que, además, en el caso de las bandas armadas debían estar en posesión de armas de fuego o sustancias o aparatos explosivos o inflamables en cantidad cercana o semejante a la requerida para el depósito¹³⁶¹.

En el art. 572.1 se castiga con las penas de prisión de ocho a quince años e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena a “quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista”. En el art. 572.2 se prevén penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación absoluta durante el tiempo que dure la condena a los que “participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos”. Esta equiparación entre la participación activa y el mero formar parte resulta criticable, pues no queda claro qué conductas pertenecerían a una u otra. De hecho, el mero formar parte, a mi juicio contraviene el principio del hecho.

¹³⁶¹ CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 845.

Si solo se ha formado parte, pero nada más se ha hecho, no existe ni acción ni omisión. Por otro lado, el CP no diferencia penológicamente el grupo de la organización terrorista (lo que sí hace para las organizaciones o grupos criminales), sino que separa por grados de participación en el seno de la propia organización o grupo “quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran” de los que “participaran activamente o formaran parte de ellos”, ya sean organizaciones o grupos terroristas¹³⁶².

V. La agravación de las penas por delitos de terrorismo

Desde sus comienzos, la penalidad en los delitos de terrorismo ha sido la más severa del CP, sin embargo, con la LO 2/2015 se introducen importantes novedades. Todas ellas, siguiendo la tónica general del legislador en la materia, de consecuencias más gravosas, si cabe, que las de la legislación anterior.

1. La prisión permanente revisable para los delitos de terrorismo que causen la muerte

De acuerdo con el art. 573 bis 1.1^a, los delitos de terrorismo que causen la muerte llevarán aparejada la pena de “prisión por el tiempo máximo previsto en este Código”, lo que supone la imposición de la prisión permanente revisable. Esta pena, huelga decirlo, representa una de las más inquietantes señales del alejamiento del Derecho penal español de lo establecido en la CE y en los tratados internacionales de derechos humanos. Como se ha ido desgranando más arriba al tratar los principios constitucionales en materia penal y las conexiones existentes entre Derecho penal y derechos fundamentales, cabe colegir que la pena de prisión permanente revisable choca frontalmente con lo previsto en importantes artículos de la CE: por un lado, con los arts. 10.1 y 15 CE en lo relativo a la humanidad de las penas; por otro lado, con el art. 17.1 CE; y, por otro, por tratarse de una pena indeterminada en sus propios términos, no atiende a lo consagrado en el art. 25.1 CE, y, como consecuencia de ello, hace imposible la reeducación y reinserción social que

¹³⁶² Y esto lo justificó el legislador en el Preámbulo de la LO 5/2010: “En atención a la gravedad intrínseca de la actividad terrorista, (...) así como a la peculiar forma de operar de determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional, cuyo grado de autonomía constituye precisamente un factor añadido de dificultad para su identificación y desarticulación, se opta (...) por equiparar plenamente el tratamiento punitivo de los grupos terroristas al de las organizaciones propiamente dichas”.

el art. 25.2 CE prevé como finalidades a las que deberá orientarse la pena privativa de libertad¹³⁶³.

Tanto es así que todos los grupos que formaban la oposición en el momento de aprobación de la LO 1/2015 interpusieron un recurso de inconstitucionalidad de esta pena ante el TC¹³⁶⁴, que fue admitido a trámite el 27 de julio de 2015 y resuelto el 6 de octubre de 2021 por la STC 169/2021, declarando la constitucionalidad de la pena¹³⁶⁵. Si bien también es cierto que el PSOE, firme opositor de esta pena desde que esta empezara a tomar relevancia con el Anteproyecto de reforma del CP de 2012, aceptó la misma para los delitos de terrorismo en el Pacto Antiyihadista, disfrazada bajo la siguiente fórmula: “tal y como ha venido recogiendo nuestro ordenamiento jurídico, a los delitos de terrorismo con resultado de muerte les será siempre aplicable *la máxima pena privativa de libertad recogida en el CP*”, lo que supondría a partir de la entrada en vigor de la LO 1/2015, como ya sabía dicho partido político, la imposición de la prisión permanente revisable para algunos delitos de terrorismo¹³⁶⁶. Quizás por ello el recurso de

¹³⁶³ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, págs. 127-183; CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma*, 2015, págs. 51-52; LÓPEZ PEREGRÍN, *RECPC*, N°20, 2018.

¹³⁶⁴ Los recurrentes adujeron las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales en el recurso: “a) Vulnera la prohibición de las penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE y del art. 3 CEDH, porque su duración desmesurada ha de producir en el penado intensos padecimientos psíquicos y un deterioro de su personalidad, y porque su carácter teóricamente revisable, desmentido por la indeterminación del criterio legalmente exigido para el acceso a su suspensión, el de reinsertabilidad, disipa en el interno que la sufre toda esperanza factible de alcanzar un día la libertad y no excluye en absoluto la posibilidad de que acabe siendo una pena perpetua; b) Vulnera el derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE, en conexión con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas, porque la regulación legal impide al tribunal sentenciador adecuar la reacción penal a las circunstancias del hecho y del culpable al establecerla como pena de imposición obligatoria, sin alternativa posible; c) Vulnera el derecho a la legalidad penal garantizado en el art. 25.1 CE porque es socialmente innecesaria y jurídicamente indeterminada, pues su duración máxima se hace depender de un criterio inseguro como es, a juicio de los recurrentes, el de reinsertabilidad y no tiene previstos mecanismos de gradación interna; d) Vulnera el mandato de resocialización del art. 25.2 CE por establecer periodos mínimos de cumplimiento de una duración de veinticinco años y más, que resultan más amplios que los que se suelen aplicar en el Derecho comparado y que no se acomodan a los estándares de la ONU y del CPT, y por la propia indeterminación de los criterios de revisión de la pena, incapaces de proporcionar al reo una expectativa razonable de libertad”.

¹³⁶⁵ En opinión del TC, la posibilidad otorgada al órgano judicial sentenciador de suspender condicionalmente la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando pueda fundar la existencia de un pronóstico favorable de reinsertión social (art. 92 CP) hace que esta no devenga inconstitucional. No van a desarrollarse aquí los argumentos que apoyan la inconstitucionalidad de esta pena, pues no es menester de este trabajo ni una especialidad penológica únicamente aplicada a terroristas. Sobre su inconstitucionalidad, pueden verse los magníficos votos particulares formulados por los Magistrados Xiol Ríos y Conde-Pumpido Tourón y por la Magistrada Balaguer Callejón a la sentencia.

¹³⁶⁶ Apunta DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, pág. 155, que el legislador, aunque no fuera su intención, al prever para los delitos de terrorismo con resultado de muerte la “prisión por el tiempo máximo previsto en este Código”, se está refiriendo a la pena de prisión de 30 años, que es la máxima pena de prisión imponible en nuestro CP para un delito único. Señala ante esto LÓPEZ PEREGRÍN, *RECPC*, N°20, 2018, pág. 15, y me adhiero a su opinión, que mientras se mantenga la regulación actual, la interpretación histórica y teleológica conduce a entender que dicho artículo se está refiriendo a la prisión permanente revisable.

inconstitucionalidad se dirigía contra los artículos del CP introducidos o modificados por la LO 1/2015 en materia de prisión permanente revisable, pero no contra el art. único de la LO 2/2015 que introdujo precisamente esta pena para los delitos de terrorismo en los que se cause la muerte (art. 573 bis 1.1ª CP).

La regulación de la prisión permanente revisable para los casos de terrorismo equipara penológicamente el asesinato terrorista y el homicidio terrorista, al prever el precepto que se impondrá prisión permanente revisable “si se causara la muerte de una persona”. No queda claro si esto alcanzaría a las muertes imprudentes (el art. 142.1 CP también se refiere a “causara la muerte”), sin embargo, a partir del principio de responsabilidad subjetiva (art. 5 CP) y del sistema de *numerus clausus* en materia de imprudencia (art. 10 CP), habrá que entender que solo cabe aplicar la cualificación del art. 573 bis 1 cuando la muerte sea imputable por lo menos a título de dolo eventual¹³⁶⁷. Por otro lado, señala LÓPEZ PEREGRÍN que la existencia de la previsión del art. 573 bis 1 CP no es irrelevante porque, aunque la mayoría de los supuestos abarcados por este precepto ya podrían castigarse con esta misma pena a través del asesinato hipercualificado por pertenencia a organización criminal (art. 140.1.3ª CP), en los casos de terrorismo individual, donde falta la pertenencia a organización o grupo criminal, esta posibilidad no existiría. Del mismo modo, la aplicación del art. 140.1.3ª CP exige que la muerte pueda calificarse previamente como asesinato, mientras que el art. 573 bis.1.1ª CP puede aplicarse también a supuestos de homicidios dolosos¹³⁶⁸, como se ha señalado anteriormente.

2. Las demás penas por delitos de terrorismo

Pasando ya a los demás puntos del apartado 1 del art. 573 bis CP, se castigarán con prisión de 20 a 25 años los casos de secuestro o detención ilegal, cuando no se dé razón del paradero de la persona, y se impondrá una pena de prisión de quince a veinte años si se causara un aborto del art. 144, se produjeran lesiones de las tipificadas en los arts. 149, 150, 157 o 158, se secuestrara a una persona o se causaran estragos o incendio de los previstos respectivamente en los arts. 346 y 351 CP. Con la pena de prisión de diez a quince años se condenará a los autores de cualquier otra lesión, detención ilegal,

¹³⁶⁷ MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 24ª ed., 2022, pág. 893. De la misma opinión, ROIG TORRES, en: PÉREZ CEPEDA (Dir.)/RUIZ ARIAS (Ed.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo*, 2017, pág. 235.

¹³⁶⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, *RECPC*, N°20, 2018, pág. 15.

amenaza o coacción. Como se observa, el legislador vuelve a equiparar penológicamente conductas para las que se recogen penas muy distintas en el régimen general. Llamen la atención todas las equiparaciones penológicas que realiza el legislador en el precepto (detenciones ilegales y secuestro; lesiones y aborto; detenciones ilegales, amenazas y coacciones...), pero especialmente, por la ausencia total de proporcionalidad, la prevista con respecto al art. 158 CP (lesiones imprudentes al feto) para las que se prevé una pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses en su modalidad común, si bien, si se apreciara su comisión con alguna de las finalidades terroristas, la pena aparejada sería de quince a veinte años de prisión.

Por último, los delitos informáticos tipificados en los arts. 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cometidos con las finalidades enunciadas en el art. 573 CP, se castigarán con la pena superior en grado a la respectivamente prevista en los correspondientes preceptos.

Cuando se trate de cualquier otro de los delitos a que se refiere el apartado 1 del art. 573 CP¹³⁶⁹, se castigará con la pena prevista para el delito cometido en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado.

De acuerdo con el art. 573 bis 2 CP, en todo caso las penas se impondrán en su mitad superior si los hechos se cometieran contra las personas mencionadas en el art. 550.3¹³⁷⁰ o contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o de las Fuerzas Armadas o contra los empleados públicos de Instituciones Penitenciarias.

Como colofón, el apartado 4 del art. 573 bis señala que el delito de desórdenes públicos agravados, así como los delitos de rebelión y sedición, cuando se cometan por una organización o grupo terrorista *o individualmente pero amparados en ellos*, se castigarán con la pena superior en grado a las previstas para tales delitos.

De acuerdo con el art. 579 bis, el responsable de los delitos previstos en el Capítulo, será también castigado, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente, con

¹³⁶⁹ “Cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías (...)”.

¹³⁷⁰ Miembros del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del CGPJ, Magistrados del TC, jueces, magistrados o miembros del Ministerio Fiscal.

las penas de inhabilitación absoluta, 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 impuesta. La pena de inhabilitación absoluta ya se preveía para estos delitos en el anterior art. 579 CP, si bien la imposición de la pena de inhabilitación especial es una novedad de la LO 2/2015.

Además, al condenado a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en el Capítulo se le impondrá también la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. La LO 5/2010 alteró la naturaleza de las medidas de seguridad al introducir la posibilidad de aplicarlas a sujetos imputables mediante la figura de la libertad vigilada, aplicable para los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual y por delitos de terrorismo; y la LO 1/2015 amplió su espectro al homicidio, al asesinato, a las lesiones y a la violencia familiar habitual. No obstante lo anterior, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada, en atención a su menor peligrosidad, cuando se trate de un solo delito que no sea grave y su autor hubiere delinquirido por primera vez¹³⁷¹.

Se podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado. Se trata de una previsión normativa que encuentra muchas similitudes con las exigencias de abandono de los medios y fines terroristas y de colaboración exigidas también para la progresión a tercer grado y para el acceso a la libertad condicional.

¹³⁷¹ Crítica TERRADILLOS BASOCO, *Nuevo Foro Penal*, N°87, 2016, pág. 49, que las medidas de seguridad responden a la peligrosidad personal del sujeto, y, en consecuencia, no pueden deducirse mecánicamente de la naturaleza del hecho, como de hecho hace en este punto el CP español. La misma crítica realiza CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 5ª ed., 2022, págs. 190-191, añadiendo que vulnera el principio de legalidad al permitir que de una sola conducta delictiva deriven dos consecuencias jurídicas (por mucho que una se base en la culpabilidad y otra en la peligrosidad), y poniendo de relieve que supone un frustrante reconocimiento del fracaso resocializador de la prisión, porque admite que hay una presunción de no rehabilitación.

Por último, los jueces y tribunales, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido, previsión descrita por CAMPO MORENO como mecanismo de frenada ante la exasperación punitiva¹³⁷² imperante en esta materia.

VI. Conclusiones provisionales y propuestas de *lege ferenda*

Lo primero a lo que debo referirme en estas conclusiones provisionales es al bien jurídico protegido por los delitos de terrorismo de acuerdo con los elementos típicos que proporciona la legislación vigente. Con las variadas consideraciones doctrinales y conceptuales realizadas sobre el “orden público”, la “paz pública”, y la “seguridad” como bienes jurídicos protegidos por los delitos de terrorismo, unidas a los elementos típicos de los delitos de terrorismo del art. 573 CP (que designan como tales desde el asesinato hasta la falsedad documental si se realizan con alguna de las cuatro amplias finalidades reseñadas), cabe concluir que cualquiera de ellos podría ser fácilmente argumentado como bien jurídico tutelado por los delitos de terrorismo, dada la ambigüedad y vaguedad de todos ellos. Por esta razón, creo que ninguno de ellos llega a suponer una justificación adecuada en términos de bien jurídico protegido.

Entiendo, además, que la búsqueda de un bien jurídico común protegido (sin caer en conceptos ambiguos, vagos o vacíos de contenido lesivo real, que vulnerarían principios del *ius puniendi*) no solo no puede pretenderse de todo el Título XXII, sino que dicha búsqueda ni siquiera puede pretenderse del conjunto de los delitos de terrorismo en sentido amplio (los incluidos en el Capítulo VII, arts. 571 a 580 bis). La legislación antiterrorista ha atravesado una tan notable ampliación desde la instauración del actual Estado constitucional que prevé conductas tan dispares y alejadas de la real puesta en peligro de bienes jurídicos que no pueden tenerse como un todo a la hora de identificar un bien jurídico¹³⁷³, careciendo incluso del mismo algunas de ellas¹³⁷⁴. Esta afirmación,

¹³⁷² CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma*, 2015, pág. 85.

¹³⁷³ En esta misma línea, PAREDES CASTAÑÓN, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), *LH Mir Puig*, 2010, pág. 976, opina que los delitos de terrorismo, tal y como vienen definidos por el Derecho positivo español, constituyen una fusión de conductas que atacan a objetos de protección completamente diferentes, y que, por ello, resulta inadecuada desde el punto de vista de una política criminal racional.

¹³⁷⁴ Parecidas consideraciones en: PAREDES CASTAÑÓN, *Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, Nº74, 2010, pág. 126; CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio*, 2019, págs. 153-154, señalan que, dado el concepto extensivo de terrorismo vigente, resulta difícil argumentar en términos de bien jurídico, ya que

se terminará de corroborar en los epígrafes siguientes, con el estudio de los delitos relacionados con el terrorismo.

Ya puse de manifiesto, al tratar la específica lesividad del terrorismo (en un plano prelegislativo), mis reparos con la configuración de los delitos de terrorismo únicamente mediante la formulación de elementos subjetivos. Los elementos subjetivos son difíciles de probar (si no queremos incurrir en vulneraciones del principio del hecho) y más fácilmente reconducibles hacia aspectos relacionados con sujeto y hacia la asignación de etiquetas indeseables por parte del Derecho penal. Por otro lado, si únicamente se utilizan aspectos subjetivos, cabe la posibilidad de calificar como terroristas, es decir, como las conductas que más graves consecuencias suelen tener en todos los ordenamientos jurídicos, conductas que no llegan a tener un grado lesivo (siquiera, una potencialidad lesiva) que alcance esa gravedad que se exige (o debería exigirse) del terrorismo. Ante los peligros que ello presenta, creo que una solución de *lege ferenda* pasaría por la objetivación de los elementos del terrorismo¹³⁷⁵.

Por un lado, debería exigirse una afectación de la estabilidad estatal democrática derivada de las acciones violentas, o, al menos, acciones que fueran aptas para conseguirlo. Recordemos que la definición de la Directiva exige, por lo menos, que “los actos, por su naturaleza o contexto, puedan perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional”¹³⁷⁶.

muchas de las conductas carecen del mismo y suponen meras muestras del Derecho penal del enemigo, infracciones que resultan en buena medida contrarias a la CE.

¹³⁷⁵ PAREDES CASTAÑÓN, *Anatomía do Crime*, N°4, 2016, pág. 43, aunque aboga en primer lugar por una despenalización de los delitos de terrorismo y por su reconducción a través de otras categorías delictivas, también realiza alguna propuesta más moderada que sustituya la referencia a la intencionalidad por una referencia a la lesividad objetiva de la conducta, concretando y limitando dicha lesividad a la afectación a la estabilidad del orden constitucional e incorporar explícitamente la exigencia de que exista afectación efectiva a la estabilidad del orden constitucional, no bastando con la mera puesta en peligro (menos aún con la peligrosidad abstracta). El autor limitaría el ámbito de aplicación de la agravación de la pena por terrorismo a delitos contra bienes jurídicos personales, contra la seguridad colectiva, determinados delitos contra el orden constitucional (rebelión, art. 472 CP; contra la Corona, arts. 485-489 CP) y al delito de atentado.

¹³⁷⁶ Una interpretación de la subversión del orden constitucional que va en esta dirección es la propuesta por VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Penal Comentado*, 2015, pág. 771., pues parece que trata la finalidad como si fuera un elemento objetivo y no uno subjetivo. Entiende el citado autor que la subversión existe cuando se ataca a cualquiera de las instituciones básicas del Estado: la Administración, las Cortes Generales o el Poder Judicial, eso sí, siempre que resulte imposible su funcionamiento normal. Para el autor, no sería un hecho típico el destruir las sedes o edificios donde se llevan a cabo las actividades políticas de los tres Poderes del Estado porque la actividad puede continuar en otro edificio, y tampoco impedir la actividad administrativa común porque no se subvierte el orden constitucional con ello. Sería preciso que se secuestrara a los Diputados o Senadores en pleno ejercicio de sus funciones constitucionales como aconteció en febrero de 1981. Es decir, que no se subvierte el orden constitucional destruyendo edificios públicos, sino impidiendo el ejercicio de la actividad política del Estado. De ahí que le parezca errónea la

En cuanto a la alteración de la paz pública y la causación de un estado de terror en la población o en parte de ella, ya he puesto de manifiesto lo resbaladizo de la utilización de esos términos y de su cuantificación. Creo que la solución, también pasaría, en este supuesto, por una transformación de estas finalidades. Quizás, con una exigencia de intimidación grave de grupos de personas más o menos determinables, que no sean los directamente afectados por los delitos violentos. La utilización del término intimidación, además, es más adecuada, en el sentido de que se encuentra en más lugares del CP y es un término interpretado jurisprudencialmente¹³⁷⁷. Cabe destacar que las únicas ocasiones en las que el legislador español utiliza los términos “terror” o “atemorizar” son en los delitos de terrorismo y en el de amenazas colectivas. Por otro lado, además, la Directiva europea (aunque sea como un elemento subjetivo) utiliza la fórmula “intimidar gravemente a la población”, seguramente por la indeterminación jurídica del término “terror”.

Aunque estas consideraciones puedan parecer restrictivas, no se alejan tanto de las palabras que hace años dictó el TC para referirse a la justificación de la suspensión de derechos por casos de terrorismo prevista en el art. 55.2 CE: “[haciendo referencia no solo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y a su carácter armado (con armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos)], sino también a su *entidad suficiente para producir un terror en la sociedad* y un rechazo de la colectividad, por su *gran incidencia en la seguridad ciudadana*, que suponga así también

descripción típica el utilizar la conjunción disyuntiva “o” en la primera finalidad, cuando debiera haberse utilizado la conjuntiva “y” *con ello*, suprimiendo o desestabilizando gravemente el funcionamiento de las instituciones del Estado. Así, la supresión o desestabilización leves excluirían el tipo penal. Aunque lo descrito, ciertamente se asemejaría a un delito de rebelión.

¹³⁷⁷ Según el TS, la intimidación viene constituida, conforme al art. 1267 y ss. del Código Civil por el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave, personal, concreto y posible que despierte o inspire en el ofendido un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado. No puede ceñirse la intimidación al supuesto de empleo de medios físicos o uso de armas, bastando las palabras o actitudes conminatorias o amenazantes cuando por las circunstancias coexistentes (ausencia de terceros, superioridad física del agente, credibilidad de los males anunciados, etc.) hay que reconocérseles idoneidad para la consecución del efecto inhibitorio pretendido. La intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. La intimidación ha de ser idónea para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas. La intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado (STS 231/2010, de 23 de marzo; STS 440/2010, de 30 de abril de 2010).

un *ataque al conjunto de la sociedad democrática*. Cualquier otra interpretación más amplia de la expresión bandas armadas, que (...) sin provocar el terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo *objetivamente* en peligro, carecería de la cobertura constitucional del art. 55.2 CE”¹³⁷⁸.

En mi opinión, por supuesto, la lista actual de delitos descritos en la definición debería reducirse de forma importante. Cabría mantener los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, los delitos contra la seguridad colectiva, o algunos delitos contra la Constitución.

Por supuesto, como ya he tenido ocasión de argumentar, actividades violentas de tal calibre, con visos de reiteración y sistematicidad, solo pueden ser llevadas a cabo por organizaciones o grupos, por lo que el elemento estructural debería incorporarse a la configuración del delito de terrorismo.

Si se dieran los requisitos enunciados, cabría una agravación de la pena por los citados delitos. No cabría la aplicación de la pena de prisión permanente revisable, que a mi juicio es inconstitucional, aunque ya ha sido declarada conforme a la CE por la STC 169/2021, de 6 de octubre¹³⁷⁹.

Estas propuestas de *lege ferenda* se alejan totalmente de la realidad político-criminal española en materia de terrorismo. Por ello, el único camino de *lege lata* es la interpretación restrictiva de las finalidades, que, al menos, deberían ser de carácter cumulativo para reunir los elementos que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia entienden presentes en el terrorismo.

¹³⁷⁸ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4, cursivas añadidas. Otras resoluciones judiciales también van, teóricamente (y solo teóricamente) en la citada dirección. Por ejemplo, la SAN 76/2009, de 2 de diciembre: “Es preciso que estas acciones, por su la naturaleza, tiendan y *tengan la entidad suficiente* para subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, es decir sean capaces de crear en la población la situación de alarma o inseguridad, lo que configurará la acción como terrorista, *frente a las acciones aisladas o no permanentes que no alcanzarían tal consideración*. Las ideas de *magnitud, reiteración, permanencia, y producción de un gran impacto o efecto*, acompañan pues la noción de terrorismo” (cursivas añadidas).

¹³⁷⁹ No puedo detenerme aquí en las razones por las que considero que esta pena es inconstitucional, pero cabe mencionar, de nuevo, su incompatibilidad con los principios de resocialización y de humanidad de las penas, pues no puede ir orientada a la reinserción en el sentido del art. 25.2 CE y supone una regresión en el sentido humanizador de la pena. Además, sus efectos irreversibles para el penado vulneran las prohibiciones del art. 15 CE. Sobre estos argumentos, puede verse: Apartado B) del voto particular de los Magistrados Xiol Ríos y Conde-Pumpido Tourón y de la Magistrada Balaguer Callejón a la STC 169/2021, de 6 de octubre.

CAPÍTULO V. El Derecho penal sustantivo antiterrorista

(II). Los delitos relacionados con el terrorismo y sus implicaciones en materia de derechos fundamentales y de principios rectores del Derecho penal

I. Introducción

El legislador ha designado vía art. 573.3 CP a todos los delitos previstos en el Capítulo como delitos de terrorismo. Al igual que ello no puede negarse partiendo de un argumento formal y sistemático, también cabe reconocer que los delitos que se tipifican a partir del art. 573, tienen la característica común de estar relacionados con la comisión de los principales delitos previstos en el art. 573 CP. Por ello, he considerado pertinente su separación a efectos de este trabajo. De hecho, los instrumentos normativos penales europeos sobre terrorismo, como se ha señalado más arriba, sí diferencian entre “delitos de terrorismo”, “delitos relacionados con un grupo terrorista” y “delitos relacionados con actividades terroristas”.

En este Capítulo, por tanto, analizo algunos de los tipos de terrorismo del CP que generan más tensiones con los derechos fundamentales y con los principios que deben regir el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. Reitero aquí que este análisis no aborda, ni todos los tipos penales de terrorismo, ni todas las posibles colisiones existentes, por lo que podrían añadirse otras tantas a la discusión. Estos análisis varían en estructura y en extensión según unos tipos penales u otros, dada la diversidad de sus implicaciones jurídico-penales, constitucionales e internacionales. A ello hay que añadir que la novedad de algunos de los preceptos hace que sea tímido su recorrido jurisprudencial y nulo su recorrido jurisprudencial-constitucional o jurisprudencial-internacional. He tomado como muestra de estudio, los siguientes preceptos: el art. 575.1 (adoctrinamiento y adiestramiento pasivo); el art. 575.2 (autoadoctrinamiento y autoadiestramiento); el art. 577.2 (captación, adiestramiento y adoctrinamiento activo); el art. 578 (en su modalidad de enaltecimiento y justificación del terrorismo); el art. 579 (difusión de mensajes o consignas terroristas y actos preparatorios punibles); y el 575.3 (traslado o establecimiento en el extranjero con fines terroristas).

Todos los preceptos seleccionados para el análisis comparten una característica común muy significativa. La política criminal antiterrorista actual que abanderada como objetivo principal la seguridad, se traduce en una política legislativa centrada en la anticipación penal. Los delitos citados se desmarcan de las elaboraciones dogmáticas relacionadas con la autoría y la participación y del *iter criminis*, y se instalan en la mayoría de los supuestos en un ámbito *sui generis* a ellos. Se trata de actos preparatorios desde una perspectiva material que se han elevado a la categoría de delitos autónomos. Por otro lado, salvo el art. 575.3 CP, todos los delitos citados en el párrafo anterior están caracterizados, en mayor o menor medida, por un elemento común comunicativo, y su tipificación comparte, entre otros, el objetivo de perseguir el “discurso terrorista”. Es cierto que los delitos relativos al adiestramiento pueden implicar más aspectos que la mera expresión, como la enseñanza y adquisición de conocimientos en técnicas o métodos. Sin embargo, los delitos de captación, adoctrinamiento activo y pasivo, los delitos de enaltecimiento y justificación del terrorismo y el delito de “difusión o propaganda” terrorista se caracterizan por entrañar conductas comunicativas (y de intercambio de doctrinas u opiniones). El autoadoctrinamiento y el autoadiestramiento, al representar conductas que no necesitan de otros para llevarse a cabo, pueden cometerse sin que se dé siquiera una expresión exterior (aunque, como veremos, la apreciación del elemento subjetivo que exige el tipo sí necesitará de alguna conducta manifestada al exterior que la corrobore).

Toda esta amalgama de tipos penales que oficialmente responden a la pretendida erradicación del discurso terrorista, en muchas ocasiones responden al objetivo velado de la erradicación de los discursos “que potencialmente puedan poner en peligro el modelo democrático”¹³⁸⁰. Cabe recordar que la CE insta un “indiferentismo ideológico”, en el sentido de que admite cualquier tipo de ideología, con el límite del orden público, de tal forma que se consiente incluso la defensa de ideologías contrarias al ordenamiento constitucional, siempre que respeten las formalidades establecidas y que no recaigan en supuestos tipificados penalmente¹³⁸¹. El TC ha señalado repetidamente que en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de “democracia militante” que imponga la adhesión a la CE y al resto del ordenamiento¹³⁸². Por ello, se dice que la CE ampara también a quienes

¹³⁸⁰ CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, pág. 102.

¹³⁸¹ Ello contrasta, por ejemplo, con el modelo constitucional alemán, que prohíbe las ideologías contrarias a los principios recogidos en la *Grundgesetz*.

¹³⁸² Por todas, STC 235/2007, de 7 de noviembre.

la niegan, permitiendo ataques al sistema democrático o a la esencia misma de la CE, con el único límite de la lesión efectiva de bienes o derechos de relevancia constitucional¹³⁸³. Ahora bien, alguna doctrina, observando la deriva de los delitos de expresión en España (tanto legislativamente, como jurisprudencialmente), concluyen que en realidad sí se ha instaurado una democracia militante¹³⁸⁴.

Los delitos seleccionados podrían clasificarse u ordenarse para el estudio de muchas formas, pero el orden que va a seguirse es el anunciado en algunos párrafos anteriores. Los delitos de adiestramiento y adoctrinamiento pasivos y autoprocurados se van a estudiar en el mismo bloque que sus formas activas y que el delito de captación (a pesar de que estos últimos estén ubicados en los delitos de colaboración). Ello porque los conceptos con los que se trabaja en su análisis son los mismos; porque se entienden como dos caras de una misma moneda; y porque tienen sus propios homólogos comunes en las normas europeas (salvo todas las conductas de “adoctrinamiento”). A continuación, me ocuparé de los delitos de enaltecimiento del terrorismo (art. 578) y de difusión o propaganda terrorista y los actos preparatorios punibles (que comparten espacio en el art. 579). Ello porque los delitos de enaltecimiento del terrorismo, los de difusión y propaganda, y la propia provocación del art. 18 (en conexión con el art. 579.3) pueden homologarse con los delitos de “provocación pública al terrorismo” de las normas europeas¹³⁸⁵. Por último, me ocupo del delito del art. 575.3, que, aunque comparte precepto con las formas de adiestramiento y adoctrinamiento pasivas y autoprocuradas (con las que comparte también elemento subjetivo), se aleja de ellas en las demás características del delito.

Conviene advertir que se trata de un estudio que pone de manifiesto la afectación a los derechos fundamentales y a los principios penales que estos preceptos plantean, pero no solo desde el punto de vista de la letra de la ley. Dada la actual orientación de la política

¹³⁸³ Sinopsis del art. 16 CE publicada en la página web del Congreso de los Diputados y realizada por Elvira Perales, Profesora Titular (2003) y actualizada por González Escudero, Letrada de las Cortes Generales (2011).

Consulta:

https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=16&tipo=2 (último acceso 19/03/2023).

¹³⁸⁴ MIRA BENAVENT, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, págs. 301-304; CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, pág. 102.

¹³⁸⁵ Es cierto que las conductas de captación y adoctrinamiento activo tienen características comunes con los delitos del art. 579, por lo que también podrían haberse estudiado de forma conjunta. Así lo hacen, por ejemplo, CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, *passim*.

criminal a la cuestión securitaria, una reforma que racionalice la actual legislación antiterrorista es ciertamente improbable. El análisis va a realizarse desde diferentes prismas, haciendo referencia a la aplicación de los enunciados delitos por los órganos judiciales o a distintas prácticas adoptadas por poderes públicos muy relacionadas con ellos. Ello, porque parte de la jurisprudencia no ha asumido la interpretación más favorable a los derechos fundamentales¹³⁸⁶ en la aplicación de estos delitos, tratando como terroristas conductas que son únicamente de adhesión ideológica. CANO PAÑOS/CASTRO TOLEDO, en un estudio criminológico-jurisprudencial, concluyen que los Tribunales españoles tienden a “ver mucho más” de lo que realmente hay, lo que les lleva a utilizar para algunos sujetos categorías como “radicalizado” o “miembro de una organización terrorista”, cuando, en realidad, a lo sumo cabría partir de la existencia de un mero “simpatizante”¹³⁸⁷.

¹³⁸⁶ En este sentido: CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, pág. 102; los votos particulares formulados por el Magistrado Xiol Ríos y por la Magistrada Balaguer Callejón a varias sentencias del TC: entre otras, la STC 190/2020, de 15 de diciembre; la STC 192/2020, de 17 de diciembre; la STC 133/2021, de 24 de junio; o la STC 112/2016, de 20 de junio (en esta última, el voto es formulado por el Magistrado Xiol Ríos).

¹³⁸⁷ CANO PAÑOS/CASTRO TOLEDO, *RECPC*, N°20-15, 2018, pág. 32. En este estudio, los autores hacen un análisis jurisprudencial y comparan las condenas con los perfiles criminológicos de los condenados en el sentido de su proceso de radicalización. Existen múltiples estudios en los que se describen las fases de los procesos de radicalización yihadista: por ejemplo, en Estados Unidos, el de SILBER/BHATT, *Radicalization in the West: The Homegrown Threat*, New York City Police Department, 2007, págs. 21-53, que clasifican en cuatro fases el proceso de radicalización yihadista: pre-radicalización, autoidentificación, adoctrinamiento y yihadización. En España, pueden citarse los de ECHANIZ CARASUSAN, *Análisis GESI*, Análisis 7, 2017, en el que realiza otra clasificación en cuatro fases de radicalización yihadista basándose en las pruebas periciales de la Oficina Central de Inteligencia de la Ertzaintza, enfatizando el papel de Internet. La primera de ellas es la “victimización”, la segunda sería la “culpabilización”, la tercera la “solución” y la última el “activismo”. CANO PAÑOS también ha descrito su propia clasificación en fases, y es la que utiliza en este estudio criminológico-jurisprudencial. CANO PAÑOS/CASTRO TOLEDO, *RECPC*, N°20-15, 2018, págs. 13-15, utilizan esas cuatro fases del proceso de radicalización islamista y las asocian a específicas conductas delictivas. En primer lugar, hacen referencia al grupo más numeroso de población musulmana y potencial receptor de una narrativa violenta: los “neutrales”. Mantienen una postura de neutralidad desde una perspectiva tanto criminológica como penal, no compartiendo ninguno de los elementos fundamentales de la ideología yihadista susceptibles de reproche jurídico, por lo que sus actos carecen, en la mayoría de los casos, de relevancia penal, no cometiendo, eso sí, en ningún caso, delitos de naturaleza terrorista. Así, por ejemplo, existen una serie de conductas de marcado carácter religioso, las cuales, sin embargo, no hay que confundirlas con una eventual radicalización. Entre las mismas cabe destacar, a modo de ejemplo, el cambio de estilo de vestimenta o de apariencia personal de acuerdo con una determinada interpretación rigorista del credo religioso, el cambio de hábitos de alimentación, ya incluso la propia práctica religiosa. La segunda fase e inmediatamente superior integra a un menor número de individuos que se identifican con el terrorismo islamista, justificando sus acciones y, llegado el caso, ensalzándolas a través, por ejemplo, de internet, aunque, eso sí, sin estar todavía insertos en determinadas estructuras y sin llevar a cabo tareas de apoyo activo a organizaciones. Este grupo es el compuesto por los denominados “simpatizantes”. Entre los rasgos conductuales vinculados a esta fase del proceso de radicalización podrían señalarse los siguientes: (1) Pasar un tiempo creciente en compañía de otros sujetos sospechosos de ser extremistas; (2) Socialización reducida a redes de carácter radical; (3) Posesión de material o símbolos asociados con una causa extremista; (4) Rechazo y condena de la sociedad occidental por su organización, sus valores y sus prácticas. Durante esta fase sí que aparecen

Por otro lado, la referencia a las normas internacionales, sobre todo europeas es obligada, por lo que, como adelanté, se irán realizando comparativas entre las redacciones europeas y española al analizar cada uno de los preceptos. En ocasiones, haré referencias al Derecho comparado, fundamentalmente al Derecho penal alemán, pero no únicamente. En cuanto al Derecho comparado, he seleccionado algunas sentencias de Tribunales Constitucionales o Supremos que han dirimido la constitucionalidad de algunos preceptos similares a los de nuestra legislación penal antiterrorista, fundamentalmente introducidos en las reformas a partir de la segunda década del siglo XXI. Las sentencias seleccionadas son de tribunales de Alemania, Francia y Bélgica. Estos tribunales han sido más activos en el análisis constitucional de medidas antiterroristas que el español¹³⁸⁸. Ello por varias razones: porque los procedimientos para acceder a sus exámenes de constitucionalidad son distintos y podrían presentarse como más sencillos que en España; porque en algunos supuestos, como el de Bélgica, los sujetos legitimados son más amplios; o porque se presentan más procedimientos equiparables a nuestra cuestión de constitucionalidad por los órganos judiciales ordinarios. Nuestro TC, salvo por la interpretación restrictiva que ha introducido para “salvar” la constitucionalidad del delito de enaltecimiento del terrorismo¹³⁸⁹, no se ha pronunciado sobre ninguno de los demás delitos de terrorismo

ya con frecuencia determinadas conductas delictivas con relevancia penal, como por ejemplo los delitos de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), la difusión de propaganda terrorista (art. 579 CP), el adoctrinamiento pasivo (art. 575.1 CP), ya incluso las conductas de autoadoctrinamiento (art. 575.2 CP), por ejemplo, a través del internet. La siguiente fase integra a los denominados “radicalizados”. Apoyan de forma explícita la violencia de los grupos yihadistas, y pueden destacárseles las siguientes actitudes y conductas: (1) Imposición a progenitores y allegados de determinados códigos de conducta, alimentación, oración, etc., acordes con su ideología radical; (2) Comentarios antisociales y violentos contra determinados individuos, grupos o países; (3) Intento de reclutar a otros a un determinado grupo, causa o ideología; (4) Intento o efectivo traslado a una zona de conflicto. Los delitos vinculados a esta fase del proceso se circunscriben a conductas no sólo de incitación a la violencia terrorista a través de Internet (art. 579.2 CP) o el propio enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), sino también a delitos de mayor gravedad como son la colaboración con organizaciones terroristas (art. 577.1 CP), las actividades de adoctrinamiento activo (art. 577.2 CP) o el (intento de) traslado a países como Siria o Irak (art. 575.3 CP). Finalmente, el grupo menos numeroso, pero potencialmente más peligroso, compuesto por los denominados “miembros/activistas”. En estos casos, y una vez se ha completado el proceso de radicalización, el sujeto considera como una obligación personal el apoyar activamente y el participar en acciones violentas, estando incluso dispuesto a realizar una operación terrorista, ya sea inserto en una organización, ya sea de forma autodidacta. Los rasgos vinculados a esta cuarta fase del proceso de radicalización serían, entre otros: (1) Manifestar el deseo de unirse a las filas de una organización terrorista; (2) Participar de forma asidua en reuniones con otros sujetos sospechosos de estar integrados en un entramado terrorista; (3) Preparar una acción terrorista o conspirar con otros con ese objetivo. El abanico de conductas delictivas que aquí aparecen muestra una especial gravedad, debiendo destacarse, sobre todo, tipologías como el adoctrinamiento activo (art. 577.2 CP), la financiación del terrorismo (art. 576 CP) y, sobre todo, la integración en una organización o grupo terrorista (arts. 571 y 572 CP).

¹³⁸⁸ Y no solo han dirimido la constitucionalidad de artículos de Derecho penal sustantivo, sino también de derecho procesal y administrativo antiterrorista.

¹³⁸⁹ STC 112/2016, de 20 de junio; STC 35/2020, de 25 de febrero; STEDH, 5869/17, Caso Erkizia Almandoz contra España, 21 de junio de 2021.

que seguidamente analizo (ni siquiera, a través de recursos de amparo como hizo con el delito de enaltecimiento), por lo que me parece relevante y enriquecedor para mi estudio traer a colación algunas de las decisiones de los órganos judiciales supremos de otros países¹³⁹⁰.

II. El adiestramiento, el adoctrinamiento y la captación para el terrorismo

Los delitos que me dispongo a analizar en este punto tienen características comunes, y por ello los he agrupado en el mismo bloque. Se trata de un conjunto de delitos que, por un lado, buscan castigar la perpetración y expansión de las narrativas terroristas (en unas fases muy tempranas), y, por otro, la captación o reclutamiento de nuevos miembros para organizaciones o grupos terroristas, o de personas que, individualmente, se hayan convencido para cometer actos de terrorismo seducidos por los fines de una organización o grupo¹³⁹¹.

Fue a partir de la reforma de 2010 cuando el legislador español, influido por las normas internacionales, comenzó a preocuparse por este tipo de conductas¹³⁹². En esta primera fase, centró su atención en las conductas activas de esta clase, y, ya en la segunda, materializada a partir de las reformas de 2015 y 2019, las extendió a conductas pasivas e incluso llevadas a cabo por el sujeto para sí mismo.

¹³⁹⁰ Las sentencias que cito son las siguientes: del Conseil Constitutionnel francés, la Decisión N°2016-611 QPC, de 10 de febrero de 2017, la Decisión N°2017-682 QPC, de 15 de diciembre de 2017, la Decisión N°2017-625 QPC, de 7 de abril de 2017, la Decisión N°2018-706 QPC, de 18 de mayo de 2018, y la Decisión N°2020-845 QPC, de 19 de junio de 2020; de la Cour Constitutionnelle belga, las Sentencias N°9/2015, de 28 de enero, N°8/2018, de 18 de enero, y N°31/2018, de 15 de marzo; y de Alemania, las Sentencias BGH 3 StR 243/13, de 8 de mayo de 2014, y BGH 3 StR 326/16, de 6 de abril de 2017. Son analizadas en mayor o menor extensión, dependiendo de su conexión con los preceptos españoles.

¹³⁹¹ La STS 13/2018, de 16 de enero, señala, de hecho, que “esta nueva tipificación presenta el mismo bien jurídico que el anteriormente referido delito de cooperación con organizaciones terroristas, esto es, impedir que las organizaciones terroristas cuenten con un sustrato de personas que compartan su credo y que posean aptitud para sostener en el tiempo, de una manera eficaz, la acción criminal que les caracteriza”.

¹³⁹² Existe un antecedente más remoto. Desde 1995 se prevé, como delito de colaboración, la asistencia a prácticas de entrenamiento.

1. El adiestramiento y el adoctrinamiento pasivo y el “autoadiestramiento” y el “autoadoctrinamiento”

1.1. Cuestiones comunes a ambos delitos (arts. 575.1 y 2 CP)

Una de las mayores innovaciones que instaura la LO 2/2015 viene dada por la previsión de los delitos de adiestramiento y adoctrinamiento pasivo y de “autoadiestramiento” y “autoadoctrinamiento” en el art. 575.1 y 2 CP¹³⁹³. Se trata de una adición penal ilustrativa de la tendencia de la política criminal reciente, orientada a la cuestión securitaria.

El vigente art. 575.1 prevé los delitos de adiestramiento y de adoctrinamiento pasivo, que los comete aquel que, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en el 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. En el apartado 2 del precepto, se castiga a quien, con la misma finalidad, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las mencionadas actividades, lo que se ha denominado doctrinalmente como “autoadoctrinamiento” y “autoadiestramiento”. Seguidamente, el legislador introduce una interpretación auténtica de los dos conceptos: se entenderá que comete las conductas del apartado 2 del art. 575 quien, con la misma finalidad (capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en el Capítulo), (2º) 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 electrónicas¹³⁹⁴ 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; o (3º) adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

¹³⁹³ MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 24ª ed., 2022, pág. 895, reconoce que se trata de la novedad más importante aportada por la LO 2/2015; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en: CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO (Coord.), *Protección jurídica*, 2016, pág. 121, considera que, “sin duda, es el tipo que pone de manifiesto de forma más paradigmática la línea político criminal de prevención que ha adoptado el legislador de 2015”; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos*, 1ª ed., 2016, pág. 995, que estima el art. 575 como la novedad más importante de la reforma de 2015. También lo reconocen AGUDO FERNÁNDEZ/JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, *Terrorismo en el siglo XXI*, 2016, pág. 119.

¹³⁹⁴ El Considerando (4) de la DM 2008/919/JAI expresaba que internet funcionaba como un “campo de entrenamiento virtual”.

Así pues, estos dos primeros apartados del art. 575 contienen cuatro modalidades delictivas que es necesario diferenciar, por su desigual (o nula) lesividad objetiva: (1) adoctrinamiento pasivo, (2) adiestramiento pasivo, (3) autoadoctrinamiento y (4) autoadiestramiento. Aclaro que se trata de acciones de recepción de adiestramiento o adoctrinamiento (instruidas por un tercero, o por un sujeto a sí mismo), pues la conducta del individuo que proporciona el adoctrinamiento o el adiestramiento se castiga en otro precepto, concretamente bajo la figura de la colaboración terrorista, en el art. 577.2 CP¹³⁹⁵. En este sentido, el TS ha reconocido que la opción elegida por el legislador de 2015 da respuesta penal a cualquier acto que se integre en la secuencia de la capacitación, que culminaría con las modalidades activas insertas en los delitos de colaboración¹³⁹⁶.

Las conductas descritas en estos artículos son neutrales¹³⁹⁷, pues el aprendizaje de doctrinas o métodos no es en sí una conducta delictiva. Lo que conforma estos delitos es la apreciación de un elemento subjetivo¹³⁹⁸: *la finalidad de capacitarse para la comisión de alguno de los delitos de terrorismo del Capítulo*.

Los apartados 1 y 2 del nuevo art. 575 tienen relevantes implicaciones en materia de derechos fundamentales y de principios rectores de la materia penal. Como veremos, su tipificación pone en entredicho el principio de lesividad, el principio del hecho, el de proporcionalidad de las penas, el principio de legalidad (presentan problemas de taxatividad), y, además, su apreciación puede suponer la vulneración de la presunción de inocencia y de otros derechos fundamentales como la libertad de información, la libertad ideológica (y religiosa), o la libertad de expresión. De hecho, algunas de las conductas

¹³⁹⁵ Ver *infra*: La captación, el adiestramiento y el adoctrinamiento activos.

¹³⁹⁶ STS 13/2018, de 16 de enero, FJ 2. En este sentido, PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, págs. 241 y ss., cataloga a los delitos del art. 575 CP como delitos de “pro-colaboración”.

¹³⁹⁷ La jurisprudencia del TS entiende por actos neutrales “actos realizados ordinariamente en el marco de actuaciones legales, pero que luego pueden ser derivados al campo delictivo” (STS 823/2012, de 30 de octubre). En su STS 34/2007, de 2 de febrero, señala que: “La doctrina reciente estima que estos actos son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. (...) Lo que plantea esta cuestión es la exigencia de que toda acción típica represente, con independencia de su resultado, un peligro socialmente inadecuado. Desde este punto de partida, una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la CE”. Es cierto que el debate con las acciones neutrales se centra en las conductas de participación. Un resumen sobre las diferentes posiciones puede verse en: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal PG*, 11ª ed., 2022, págs. 407-408; y ampliamente, BLANCO CORDERO, *Límites a la participación*, 2001, *passim*.

¹³⁹⁸ Lo mismo predicen de las modalidades vigentes en Alemania (§ 89a y § 91 StGB): BÖSE, en: WEYEMBERGH/GALLI (Ed.), *EU counter-terrorism offences*, 2012, pág. 76; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5ª ed., 2020, págs. 259-260; PUSCHKE, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, N°2, 2018, págs. 101-108. Sobre los citados delitos en Alemania, ver n.p. 1413.

que España prevé en su CP no tienen respaldo internacional en ninguno de los variados instrumentos que comprometen a nuestro país, precisamente por plantear espinosas cuestiones en materia principal y iusfundamental. Algunos de estos reparos en materia de derechos fundamentales se pusieron también de manifiesto en el procedimiento legislativo de la LO 2/2015¹³⁹⁹, aunque de forma escasa, pues, recordemos, los dos partidos mayoritarios en el Parlamento fueron los promotores de la norma a partir de la firma del Pacto Antiyihadista. Por supuesto, estas cuestiones también han sido puestas de manifiesto por mucha doctrina¹⁴⁰⁰.

1.2. Las normas europeas

El Preámbulo de la LO 2/2015 (y el de la LO 1/2019) hace referencia a la necesaria incorporación al ordenamiento penal español de lo dispuesto por los distintos instrumentos internacionales en materia de delitos de terrorismo. Según el legislador español, las “nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional”, ya que “el terrorismo de corte yihadista se

¹³⁹⁹ Así, una de las enmiendas exponía que la equiparación de las conductas de adoctrinamiento pasivo a las de adiestramiento militar pasivo llevaba a suspender, para cierto tipo de personas, las libertades ideológicas, de pensamiento y opinión protegidas en los arts. 16 y 20 CE, suponiendo un claro ejemplo de Derecho penal de autor o del enemigo, cito palabras textuales: “La previsión del art. 575.2 va más allá, suponiendo una injerencia penal inusitada y que expresa el imaginario fantasmagórico que rodea todo lo relacionado con el radicalismo basado en un imaginario de ficción sustentado en figuras policiales-periodísticas como las del “lobo solitario” y de las “células durmientes”, que dispersa el miedo en la sociedad” (Enmienda N°8 de supresión al art. 575 CP, promovida por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, BOCG de 18 de febrero de 2015, págs. 7-8). Otra de las enmiendas, promovida por una Diputada del Grupo Mixto, pedía la supresión de los párrafos 2º y 3º del art. 575.2 CP para “Evitar definiciones imprecisas, impropias del CP (...). La legislación penal está sometida a los principios de seguridad jurídica estricta, para evitar incertidumbre e inconcreción a la hora de aplicar castigos públicos. (...) La interpretación que se proporciona en este apartado, más que dar claridad a la tipificación de nuevos delitos, incumple los principios de legalidad y de seguridad de las penas al quedar difusamente reflejado el contenido esencial de las conductas que se pretenden castigar” (Enmienda N°33, BOCG de 18 de febrero de 2015, págs. 18-19). Pueden consultarse ambas enmiendas en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/BOCG-10-B-211-3.PDF (último acceso 19/03/2023). También fue criticado en este sentido el texto original, el contenido en las doce enmiendas promovidas por el Grupo Popular durante la tramitación de la ley de reforma del CP (la vigente LO 1/2015) y que solo preveía las conductas de adiestramiento pasivo y autoadiestramiento. Amnistía Internacional presentó un informe en el que se desaconsejaba la reforma, criticando las citadas previsiones por vulnerar derechos fundamentales: “Análisis de Amnistía Internacional a las enmiendas presentadas por el Grupo Popular en materia de terrorismo”, Sección Española de Amnistía Internacional, enero de 2015, págs. 15-16. Consulta: https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/search?fq=mssearch_fld13&fv=EUR4110015 (último acceso 19/03/2023).

¹⁴⁰⁰ Entre otros, sostienen que este precepto vulnera derechos fundamentales y principios penales: CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, págs. 927-928; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en: CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO (Coord.), *Protección jurídica*, 2016, pág. 121; SERRA CRISTÓBAL/GÓRRIZ ROYO, *Cuadernos de estrategia*, N°188, 2017, pág. 160.

caracteriza, precisamente, por haber incorporado esas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos (...) individuos que, tras su radicalización y adoctrinamiento, intenten perpetrar ataques contra los objetivos señalados, incluyendo atentados suicidas”. Por su parte, la AN considera este delito plenamente justificado desde una perspectiva político criminal, así, sostiene: “Para una parte de la doctrina esta incriminación resulta innecesaria y hasta excesiva, (...); Pero a nuestro juicio este adelanto de protección penal está plenamente justificado, en tanto en cuanto la acción penal no puede estar relegada en su actuación a que se produzcan actos de colaboración concretos, sino que debe desplegar sus efectos en estas fases de preparación, adiestramiento y autoadoctrinamiento”¹⁴⁰¹.

Pero el legislador español se ampara de forma inadecuada en los instrumentos internacionales en materia de terrorismo, pues estos no prevén algunas de las formas delictivas que el legislador ha incorporado, precisamente por los reparos en materia de derechos fundamentales que algunas de ellas plantean. De hecho, en el embrión de la reforma de los delitos de terrorismo de 2015, es decir, las doce enmiendas del Grupo Popular introducidas durante la tramitación de la ley de reforma del CP (la vigente LO 1/2015), no se preveía el adoctrinamiento pasivo ni el autoadoctrinamiento¹⁴⁰², ni tampoco se mencionaban en el Pacto Antiyihadista¹⁴⁰³. Esta falta de respaldo internacional de algunas de las cuatro figuras delictivas que ahora analizo ya ha sido puesta de manifiesto por el TS, destacando por ello la necesidad de interpretarlas restrictivamente¹⁴⁰⁴.

¹⁴⁰¹ SAN 3/2017, de 17 de enero, FJ 2; SAN 15/2018, de 21 de diciembre, FJ 4.

¹⁴⁰² Enmienda 877, BOCG de 10 de diciembre de 2014, págs. 579-580. Consulta: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF#page=1 (último acceso 19/03/2023).

¹⁴⁰³ “Asimismo, (...) aspectos como la captación y el adiestramiento de terroristas, incluido el adiestramiento pasivo, el uso de las redes de comunicación y tecnologías de la información a estos efectos, (...)”.

Consulta:

<https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2015/Acuerdo%20para%20afianzar%20la%20unidad%20en%20defensa%20de%20las%20libertades%20y%20en%20la%20lucha%20contra%20el%20terrorismo.pdf> (último acceso 19/03/2023).

¹⁴⁰⁴ STS 354/2017, de 17 de mayo: “Del listado de comportamientos típicos ahora recogidos con carácter novedoso, no todos ellos derivan del contenido de los instrumentos y resoluciones internacionales citados; entre ellos (...) el autoadoctrinamiento; y si bien ello no impide que el legislador nacional tipifique una determinada conducta, sí resulta relevante tal circunstancia, por una parte, porque no sirve de justificación la normativa europea citada; y de otra, en cuanto a la interpretación del precepto, por cuanto

La Resolución 2178 exhorta en su apartado 6 a) a los Estados para que tipifiquen, entre otras, las conductas consistentes en proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo. Nada se dice del adoctrinamiento ni de las modalidades autodidactas que prevé la ley española.

Entre los instrumentos de la UE tampoco se prevén todas las modalidades con las que contamos en el Derecho penal español. En la DM 2002/475/JAI no se hacía mención al adiestramiento ni al adoctrinamiento (ni mucho menos a las formas delictivas del art. 575.2), si bien la modificación de 2008 sí incluyó en su art. 3.2 la necesidad de que los Estados tipificaran el adiestramiento. Actualmente, en los arts. 7 y 8 de la Directiva 541/2017 se sigue previendo el adiestramiento, pero no se recoge el adoctrinamiento¹⁴⁰⁵. De hecho, tanto en el Considerando (14) de la DM 2008/919/JAI como en el (40) de la Directiva 2017/541, de redacción muy similar, se excluye del ámbito de las mismas y de la definición de la provocación a la comisión de delitos de terrorismo: “La expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas sensibles, incluido el terrorismo”.

Hay que tener presente, sin embargo, que, aunque no expresamente en la parte normativa de la Directiva, la norma comunitaria menciona el autoadiestramiento. El Considerando (11) señala que “(...) el aprendizaje autónomo, en particular a través de internet o consultando otro tipo de material de aprendizaje, también debe considerarse recepción de adiestramiento para el terrorismo cuando sea el resultado de una conducta activa y se efectúe con la intención de cometer o contribuir a la comisión de un delito de terrorismo”, y, continúa, “en el contexto de todas las circunstancias específicas del caso, esta intención puede inferirse, por ejemplo, del tipo de materiales y de la frecuencia de la consulta; descargarse un manual para fabricar explosivos con el fin de cometer un delito de terrorismo podría considerarse recepción de adiestramiento para el terrorismo; (...)”. Podría entenderse que al no estar en la parte normativa de la Directiva no representa un

ponderado el fenómeno yihadista y su forma legal de combatirlo, *diversas instancias europeas encontraron dificultades para la tipificación de conductas atinentes exclusivamente a una actividad individual de contenido meramente ideológico*”. El TS se está aquí refiriendo al párr. 31 del “Explanatory Report to the Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism”, de 22 de octubre de 2015, que se refiere específicamente a las dificultades de criminalizar la figura del “reclutamiento pasivo”.

¹⁴⁰⁵ Los Estados deben tipificar el facilitar ese adiestramiento y la recepción del mismo, “concretamente en la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o en otros métodos o técnicas concretos, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el art. 3.1, letras a) a i), con conocimiento de que las capacidades transmitidas se utilizarán con tales fines”.

mandato de tipificación para los Estados¹⁴⁰⁶, aunque cabría entenderlo también como una interpretación auténtica de lo que constituye adiestramiento (“también debe considerarse”).

Debe hacerse, además, otra consideración de vital importancia. La Directiva 2017/541, al prever las conductas de adiestramiento activo y pasivo (arts. 7 y 8, respectivamente), se refiere a que las conductas de instrucción deberán tener la finalidad de “la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el art. 3.1, letras a) a i)”¹⁴⁰⁷, lo que significa que la finalidad solo se extiende a los delitos que la Directiva llama “Delitos de terrorismo”. Esto contrasta con la ampliación del espectro de la finalidad del art. 575 CP, que abarca todos los delitos del Capítulo, llevando a situaciones jurídicas inverosímiles, a solapamientos y a concursos improbables de solucionar.

Ahora bien, los apuntes que acabo de realizar sobre la línea más restrictiva que presenta la Directiva no han influido en el legislador español. En primer lugar, porque se adelantó temporalmente a ella, y, en segundo lugar, porque se sobrepasó en relación con su contenido. La reforma de 2019 hubiera sido una buena ocasión para adaptar el art. 575 (aparatados 1 y 2) a la Directiva, pero el legislador no consideró que fuera necesario. En cambio, sí modificó el art. 575.3 CP para adecuarlo a la Directiva¹⁴⁰⁸.

Por su parte, el Convenio europeo para la prevención del terrorismo de 2005 instaba a los Estados parte a castigar el adiestramiento, pero no criminalizaba la recepción de esa formación, sino el proporcionarla y siempre que esa formación reuniera los siguientes requisitos: 1) que se pretenda que esos conocimientos sean empleados para

¹⁴⁰⁶ También de esta opinión: GÓRRIZ ROYO, *RECPC*, N°22, 2020, pág. 32.

¹⁴⁰⁷ a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona; c) el secuestro o la toma de rehenes; d) destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) el apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos o armas de fuego, armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares inclusive, así como la investigación y el desarrollo de armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares; g) la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) la interferencia ilegal en los sistemas de información a tenor del art. 4 Directiva 2013/40/UE, en los casos en los que sea de aplicación su art. 9.3 o 4, letras b) o c), y la interferencia ilegal en los datos a tenor de su art. 5, en los casos en los que sea de aplicación su art. 9.4 letra c).

¹⁴⁰⁸ Ver *infra*: “El delito de traslado o establecimiento en territorio extranjero con finalidad terrorista”.

cometer o contribuir a cometer un delito de terrorismo, 2) que ese adiestramiento sea ilegal, 3) que sea intencional. Sin embargo, el Protocolo Adicional de 2015 añadió en su art. 3.2 que los Estados deberán tipificar también como delito la acción de “recibir adiestramiento con fines de terrorismo”¹⁴⁰⁹. El Informe explicativo sobre el Protocolo Adicional, realiza algunas precisiones sobre ello. Indica que la recepción de entrenamiento para el terrorismo puede tener lugar de forma presencial, por ejemplo, asistiendo a un campo de entrenamiento dirigido por una asociación o grupo terrorista¹⁴¹⁰, o a través de medios electrónicos; y deja a los Estados miembros la elección de tipificar como delito las formas de “autoaprendizaje”¹⁴¹¹. Nada dice sobre el adoctrinamiento, ni pasivo, ni realizado por uno mismo. Sí habla el Informe explicativo sobre la inconveniencia de penar el “reclutamiento pasivo”, el “ser reclutado para el terrorismo”, por su dificultad para encontrarle una definición adecuada¹⁴¹².

Los Estados europeos, acogiendo el mandato de la UE y del Consejo de Europa, también han incorporado en sus legislaciones delitos similares¹⁴¹³.

¹⁴⁰⁹ El cual debe entenderse como el “recibir instrucción, incluidos conocimientos o destrezas prácticas, de otra persona para la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o para el empleo de otros métodos o técnicas específicos con objeto de cometer o contribuir a la comisión de delitos de terrorismo”.

¹⁴¹⁰ Lo que en Derecho español ya constituye, como veremos, un delito de colaboración previsto en el art. 577.1.2º CP.

¹⁴¹¹ Consejo de Europa, Explanatory Report to the Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, de 22 de octubre de 2015, párr. 40.

¹⁴¹² Ibid., párr. 31-33.

¹⁴¹³ En Alemania, por ejemplo, se incluyó tanto el adiestramiento pasivo como el activo en el § 89a (2) 1 StGB en 2009, mediante la “Ley para la persecución de la preparación de actos violentos graves que pongan en peligro al Estado” (“*Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten*”, de 30 de julio de 2009, que transponía al Derecho penal alemán la DM 2008/919/JAI), pero nada recoge sobre el adoctrinamiento activo, pasivo, y mucho menos sobre el autoadoctrinamiento. Cabe señalar en primer lugar que el precepto alemán fue más allá de lo requerido por la DM 2008/919/JAI, pues esta solo exigía la tipificación del adiestramiento, no del adiestramiento pasivo. Actualmente se correspondería plenamente en ese sentido con el Derecho comunitario, pues la Directiva de 2017 sí prevé el adiestramiento pasivo. El precepto alemán se refiere al que “instruya a otra persona o permita que otra persona le instruya en la fabricación o en el manejo de armas de fuego, explosivos, dispositivos explosivos o incendiarios, combustibles nuclear u otras sustancias radiactivas, sustancias que contengan o puedan producir veneno, otras sustancias nocivas para la salud, dispositivos especiales necesarios para la comisión del delito o en otras habilidades que sirvan para la comisión de uno de los delitos mencionados en el apartado 1”, siempre con la intención de preparar un acto violento y grave que ponga en peligro al Estado (“(2) Absatz 1 ist nur anzuwenden, wenn der Täter eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet, indem er... 1. eine andere Person unterweist oder sich unterweisen lässt in der Herstellung von oder im Umgang mit Schusswaffen, Sprengstoffen, Spreng- oder Brandvorrichtungen, Kernbrenn- oder sonstigen radioaktiven Stoffen, Stoffen, die Gift enthalten oder hervorbringen können, anderen gesundheitsschädlichen Stoffen, zur Ausführung der Tat erforderlichen besonderen Vorrichtungen oder in sonstigen Fertigkeiten, die der Begehung einer der in Absatz 1 genannten Straftaten dienen”), penándolo con prisión de seis meses a diez años. Esta grave penalidad plantea problemas constitucionales, pues la mera preparación de un delito de terrorismo no se corresponde proporcionalmente con la pena (BÖSE, en: WEYEMBERGH/GALLI (Ed.), *EU counter-terrorism offences*, 2012, pág. 76; PUSCHKE, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, N°2, 2018, pág. 107). Por otro lado, se ha

1.3. El adoctrinamiento y el adiestramiento pasivo: el tipo objetivo

a) La primera de las conductas del art. 575.1 CP consiste en recibir de terceros adoctrinamiento, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en el Capítulo. Según el Diccionario de la RAE, “adoctrinar” es “inculcar a alguien determinadas ideas o creencias”; “adoctrinamiento” es la “acción y efecto de adoctrinar”; y una “doctrina” es, en su tercera acepción que es aquí la pertinente, el “3. f. Conjunto de ideas u opiniones religiosas, filosóficas, políticas, etc., sustentadas por una persona o grupo”. El adoctrinamiento tiene que ver con el conjunto de medidas, prácticas educativas y de propaganda, que tienen como finalidad inculcar

argumentado por ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5ª ed., 2020, págs. 259-260, la inconstitucionalidad del inciso “o en otras habilidades” (“*oder in sonstigen Fertigkeiten*”) por vulnerar el mandato de determinación que implica el principio de legalidad (art. 103 de la *Grundgesetz*). La misma ley de reforma del StGB de 2009 incluyó otro delito en el § 91 StGB, cuya conducta típica consiste en diseminar instrucciones escritas para la comisión de un acto grave de violencia que ponga en peligro al Estado. Así, este precepto pena con hasta tres años de prisión o pena de multa a quien: “1. *promueva o ponga a disposición* de otra persona contenidos que puedan servir de instrucción para la comisión de un acto grave de violencia que ponga en peligro al Estado (§ 89a, apartado 1), si las circunstancias de su difusión pueden promover o fomentar la disposición de otros para cometer un acto grave de violencia que ponga en peligro al Estado; 2. *se apropie* de un contenido del tipo descrito en el N°1 para cometer un acto de violencia grave que ponga en peligro al Estado. (...)” (“§ 91 *Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat: (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer: 1. einen Inhalt (§ 11 Absatz 3), der geeignet ist, als Anleitung zu einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a Abs. 1) zu dienen, anpreist oder einer anderen Person zugänglich macht, wenn die Umstände seiner Verbreitung geeignet sind, die Bereitschaft anderer zu fördern oder zu wecken, eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen, 2. sich einen Inhalt der in Nummer 1 bezeichneten Art verschafft, um eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen.* (...)”). La segunda de las conductas, la de apropiarse de esos contenidos, podría interpretarse como una forma de autoadiestramiento, aunque el precepto alemán es más limitado que el español. Además de los citados, sobre esta y sucesivas reformas pueden verse, críticamente: ZÖLLER, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2010, págs. 614-621; GARMS, en: NOWAK/CHARBORD (Ed.), *Using human rights to counter terrorism*, 2018, págs. 275-278.

En Bélgica, el art. 140 ter de su Code Pénal castiga el reclutamiento para el terrorismo, el art. 140 quater el adiestramiento activo y el art. 140 quinquies el adiestramiento pasivo. Sobre ellos me ocupo en otro lugar de este trabajo, pues fueron sometidos a examen de constitucionalidad ante la Cour Constitutionnelle belga en 2015. Ver *infra*: La Sentencia N°9/2015, de 28 de enero, del Tribunal Constitucional belga con respecto a la constitucionalidad de los delitos de reclutamiento, adiestramiento activo y adiestramiento pasivo del Code Pénal belga.

En Francia, el art. 421-2-5-2 de su Code Pénal, que prevenía (pues fue declarado inconstitucional en dos ocasiones) un delito de acceso habitual a contenidos terroristas; o el art. 421-2-6, que tipifica los delitos relacionados con el terrorismo individual (“*Entreprise individuelle*”) y castiga al que adiestre o instruya en el manejo de armas o en cualquier forma de combate, en la fabricación o uso de sustancias explosivas, incendiarias, nucleares, radiológicas, biológicas o químicas o en el pilotaje de aeronaves o en la conducción de embarcaciones (lo que equivaldría a nuestro art. 577.2.2° CP); y también la consulta habitual de servicios de comunicación pública o poseer documentos que provoquen directamente o enaltezcan la comisión de actos terroristas; todo ello con la condición adicional de que el individuo posea, obtenga o fabrique “objetos o sustancias susceptibles de crear un peligro para los demás” para preparar actos de terrorismo. A ambos preceptos hago una referencia más extensa en el texto. Ver *infra*: Las Decisiones del Consejo Constitucional francés y la inconstitucionalidad del delito de “acceso habitual a sitios web terroristas” de su art. 421-2-5-2 Code Pénal.

determinados valores o formas de pensar o de ver la vida en las personas a las que se dirigen. El TS, dada la falta de interpretación auténtica del término adoctrinamiento, también acude a la RAE, y, como el verbo “inculcar” significa en su tercera acepción: “3. tr. Infundir con ahínco en el ánimo de alguien una idea, un concepto, etc.”, interpreta que el adoctrinamiento debe tener especial intensidad, no bastando el simple acercamiento ideológico¹⁴¹⁴.

b) La segunda de las conductas, es la de recibir adiestramiento. “Adiestrar”, según la RAE, significa “hacer diestro, enseñar, instruir”; y “adiestramiento”, es la “acción y efecto de adiestrar”. Este adiestramiento deberá ser militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas¹⁴¹⁵, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de delitos de terrorismo. El adiestramiento militar o de combate introducido en este tipo penal es otra muestra más de las referencias que realiza el legislador de 2015 a la guerra en los delitos de terrorismo¹⁴¹⁶.

Ahora bien, si el adiestramiento se realiza mediante la “asistencia a prácticas de entrenamiento”, se estaría ante una conducta de colaboración del art. 577.1.2º CP, prevista como tal expresamente desde la entrada en vigor del CP de 1995 (aunque ubicada entonces en el anterior art. 576.2 CP). Podría considerarse como el antecedente más remoto en nuestra legislación del adiestramiento pasivo y su modalidad más avanzada, pues se inserta ya en los delitos de colaboración. CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ entienden que, dada la punición actual del adiestramiento pasivo en general en el art. 575, la asistencia a prácticas de entrenamiento tiene mejor acomodo en él que en el art. 577.1.2º CP. Estoy de acuerdo con ello por cuestiones sistemáticas, pero también de proporcionalidad de la pena. No es conforme al citado principio que una conducta de adiestramiento pasivo, como podría ser el sujeto que adquiere los conocimientos necesarios para la fabricación de una bomba de otra persona, pueda ser penada de dos a cinco años de prisión, y la conducta, también materialmente de adiestramiento pasivo de

¹⁴¹⁴ STS 354/2017, de 17 mayo, FJ 2.

¹⁴¹⁵ Ello se define en el art. 567.2.2º CP: “Se entiende por desarrollo de armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas [estas se excluyen del art. 575.1], minas antipersonas o municiones en racimo cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química, biológica, nuclear o radiológica, o mina antipersona o munición en racimo o la modificación de una preexistente”.

¹⁴¹⁶ Con ello no quiero decir que el terrorismo no tenga como una característica de su estrategia política elementos de una estrategia militar. Sobre ello: PAREDES CASTAÑÓN, en: PÉREZ CEPEDA (Dir.)/RUIZ ARIAS (Coord.), *El terrorismo en la actualidad*, 2018, págs. 179-207.

acudir, por ejemplo, a un campo de tiro para aprender a usar un arma de fuego, sea castigada con una pena de cinco a diez años de prisión. Ahora bien, cabe apuntar que en realidad lo que aquí se da es un concurso de leyes que pareciera que plantea una alternatividad, lo que implicaría la aplicación de la pena más grave (art. 8.4 CP).

Se desprende de la lectura del tipo penal el contraste entre la descripción de las conductas, pues el legislador explica en detalle cómo debe ser el adiestramiento, pero nada dice sobre cómo debe ser el adoctrinamiento (penalmente relevante)¹⁴¹⁷: ¿Qué debe entenderse como tal? ¿Qué doctrinas son terroristas? ¿Con qué criterios habrá de medirse que esas doctrinas son dignas de ser reprimidas por el Derecho penal? ¿Tienen que contener elementos violentos en su narrativa? Todas estas preguntas y otras deben aclararse en tanto la norma esté vigente¹⁴¹⁸, pero, al encontramos en el plano de las ideas, y, sobre todo, en la esfera personal del individuo que asume esas doctrinas, el Derecho penal debería retraerse hasta un momento posterior, so pena de vulnerar derechos fundamentales básicos y de provocar el llamado efecto de desaliento en el ejercicio de los mismos. POMARES CINTAS, en un intento por restringir el tipo penal, apunta que, dados los antecedentes internacionales de este tipo penal, no cabe entender que el adoctrinamiento se incluye como una conducta alternativa al adiestramiento, pues el sentido de “capacitar” (la finalidad de “capacitarse”) en el ejercicio de una disciplina o materia es el vector que determina la cualidad de la conducta. En consecuencia, ella emplea la acepción adoctrinamiento como equivalente al adiestramiento, como actividad principalmente inscrita en la adquisición de

¹⁴¹⁷ Lo único que añade en el Preámbulo de la LO 2/2015 es: “El terrorismo internacional de corte yihadista se caracteriza, precisamente, por haber incorporado (...) nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o *adoctrinamiento en el odio*, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos”.

¹⁴¹⁸ Ya he señalado en el texto que la STS 354/2017, de 17 de mayo, FJ 2, ha interpretado que el adoctrinamiento “debe tener una especial intensidad, sin que baste el mero acercamiento ideológico”. Y acude a la STS 503/2008, de 17 de julio, FJ Preliminar, que, aunque refiriéndose al delito de colaboración, decía: “es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. (...) Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso *algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones* (cursivas añadidas) encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho. No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción”. Algunas de sus consideraciones son valiosas para interpretar el art. 575, pero no debemos olvidar que el TS en aquella sentencia se refería al delito de colaboración terrorista anterior a 2010, que todavía no contenía explícitamente las formas activas de captación, adiestramiento y adoctrinamiento, pues se introdujeron en el art. 576.3 CP en la reforma de 2010.

formación en conocimientos técnicos, capacidades o destrezas prácticas. No basta, pues, la recepción de líneas, directrices o motivaciones ideológicas, pues estas, en sí, no pueden ser objeto de desvalor penal en un sistema democrático¹⁴¹⁹. No le falta razón a la autora, y ello sería una interpretación más respetuosa con los derechos fundamentales y con las normas europeas en la materia, pero la literalidad del tipo es la que es, y permite el castigo por adoctrinamiento (pasivo y realizado por uno mismo). Y, de hecho, los órganos judiciales castigan por las formas de adoctrinamiento sin que en realidad esté claro qué es, justificándolo en la necesaria erradicación del discurso terrorista.

1.4. El “autoadiestramiento” y el “autoadoctrinamiento”: el tipo objetivo

Las conductas de autoadiestramiento y de autoadoctrinamiento¹⁴²⁰ son las mismas que las descritas en el art. 575.1¹⁴²¹, con la misma finalidad, pero realizadas por el sujeto hacia sí mismo: el adoctrinamiento y el adiestramiento se lo autoprocure el sujeto de forma autodidacta. El legislador optó por una suerte de interpretación auténtica de las conductas de autocapacitación, que, más que servir de ayuda al operador jurídico, le podría abocar en mi opinión a la apreciación de conductas que carecen de lesividad para ser delictivas. De acuerdo con el tenor del precepto, comete los delitos de autoadoctrinamiento o autoadiestramiento terroristas quien, con la misma finalidad (capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en el Capítulo): (2º) 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; o (3º) adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Esta última posibilidad delictiva, tiene similitud con el art. 7.5 del Decreto-Ley 10/1975, última ley franquista sobre terrorismo: “Los que tuvieren en su poder, *sin razonable justificación*, manuales o

¹⁴¹⁹ POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, pág. 226.

¹⁴²⁰ Que, según GONZÁLEZ VAZ, *El delito de autocapacitación terrorista*, 2021, pág. 250, deberían denominarse “autocapacitación” terrorista: “de esta manera, ya se daría una intuición al que decidiera interpretar el precepto: la primera finalidad del elemento subjetivo será el de ‘capacitación’, es decir, habilitarse para hacer algo y no adoctrinamiento o radicalización”.

¹⁴²¹ Doy por reproducido aquí lo recién expuesto sobre las definiciones de las conductas típicas.

instrucciones de cualquier clase para la elaboración de sustancias o artefactos explosivos o incendiarios, manejo de armas de guerra, táctica de comandos o guerrilla urbana u otros análogos”.

Como es obvio, si se accede a contenidos o se poseen materiales por razones científicas o investigadoras, se excluirá automáticamente la tipicidad de las conductas, precisamente por faltar el elemento subjetivo, aunque la legislación española no lo aclara, como sí hacen otras, por ejemplo, las normas comunitarias¹⁴²², el StGB¹⁴²³, o el Código Penal francés (en un artículo que, por cierto, el Consejo Constitucional francés ha declarado inconstitucional dos veces¹⁴²⁴). Ahora bien, si se reputan fines legítimos los educativos, científicos o artísticos, ¿qué ocurre, simplemente, con los curiosos? el derecho a informarse libremente y a la libertad ideológica obviamente incluyen la libertad de las personas para buscar información sobre cualquier tema, aunque sean informaciones consideradas “terroristas”, y que ello no se haga con los fines antedichos. Obviamente, al curioso le faltaría la “finalidad de capacitarse” por lo que no podría condenársele por este delito, si bien con este comentario quiero mostrar lo estéril que resulta hacer aclaraciones de ese tipo, pues la actividad del curioso es igual de legítima que la del académico¹⁴²⁵. La

¹⁴²² El Considerando (14) de la DM 2008/919/JAI advertía que la provocación a la comisión de delitos de terrorismo, la captación y el adiestramiento de terroristas son delitos dolosos, por lo que nada de lo dispuesto en su texto podía interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar la difusión de información con fines científicos, académicos o informativos. Lo mismo señala la Directiva 2017/541 en su Considerando (40), y aún es más específica en su Considerando (11) *in fine*: “el mero hecho de visitar sitios web o de recopilar materiales con fines legítimos, como fines académicos o de investigación, no se considera recepción de adiestramiento para el terrorismo”.

¹⁴²³ En el § 91 StGB, similar en algunos aspectos al precepto español, también se aclaran estas cuestiones específicamente, y dispone algunos casos en los que el precepto no será aplicable, por ejemplo, cuando la diseminación de los contenidos o su almacenamiento se realice con fines educativos, artísticos o científicos (“(2) Absatz 1 Nr. 1 ist nicht anzuwenden, wenn: 1. die Handlung der staatsbürgerlichen Aufklärung, der Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen, der Kunst und Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dient oder, 2. die Handlung ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger beruflicher oder dienstlicher Pflichten dient”).

¹⁴²⁴ Ver *infra*: Las Decisiones del Consejo Constitucional francés y la inconstitucionalidad del delito de “acceso habitual a sitios web terroristas” de su art. 421-2-5-2 Code Pénal.

¹⁴²⁵ Aunque hay opiniones para todos los gustos. Durante el procedimiento legislativo del precepto francés de consulta habitual de contenidos terroristas (declarado en dos ocasiones inconstitucional), un diputado señalaba que “consultar un sitio una o dos veces puede ocurrirle a cualquiera, por curiosidad digamos, si no hay un interés académico detrás. Pero cuando alguien lo consulta regularmente, ¿ya no es una cuestión de curiosidad!” (“*consulter un site une fois ou deux, cela peut arriver à n’importe qui, par curiosité disons – s’il n’y a pas derrière d’intérêt universitaire. Mais quand quelqu’un en consulte régulièrement, il ne s’agit plus du tout de curiosité!*”). Aquí sí que es cierta aquella expresión de que “la curiosidad mató al gato”. Puede consultarse en: <https://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2015-2016/20160141.asp> (último acceso 19/03/2023). Pareciera que se plantea una inversión de la carga de la prueba, ya que, en lugar de exigir la acreditación del elemento subjetivo, se pasa a controlar si se puede considerar legítimo el acceso.

mera aclaración de estas cuestiones denota ya los recelos que presenta la tipificación de delitos de esta clase.

Por otro lado, el legislador penal aclara otro extremo que, ni le corresponde, ni aporta nada nuevo¹⁴²⁶: los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.

Entonces, existen dos posibilidades alternativas en la formulación del tipo objetivo: por un lado, el acceso habitual a internet, y, por otro, la adquisición o tenencia de documentos.

1.4.1. La modalidad comisiva del acceso habitual

La primera de las modalidades, la del acceso a internet, exige habitualidad, pero el texto legislativo no aclara qué debe entenderse por acceso de manera habitual. La jurisprudencia ha hecho muy pocas referencias a la nota de la habitualidad, a pesar del elevado número de sentencias que castigan por el delito del art. 575.2 CP. Una sucinta referencia realiza la SAN 11/2017, de 17 de marzo: “Se exige una nota de habitualidad o lo que es lo mismo un acceso reiterado y repetido, persistente en el tiempo”. Otra alusión realiza la SAN 45/2018, de 27 de diciembre, que estimó que se daba el requisito de la habitualidad por la consulta reiterada de contenidos yihadistas en internet en un periodo de cuatro años¹⁴²⁷.

En otros ámbitos delictivos, por ejemplo, para el delito de maltrato habitual, el legislador dispone en el art. 173.3 CP que, para apreciar la habitualidad, se atenderá al

¹⁴²⁶ En este sentido: CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma*, 2015, pág. 63.

¹⁴²⁷ La Sentencia lo describe de esta forma: el acusado accedió de manera habitual, así lo declara la agente instructora del atestado informando que en las vigilancias a que fue sometido con anterioridad a la judicialización de la investigación, iniciada en octubre de 2015, fue visto junto a su primo navegando en páginas de internet de contenido yihadista en el centro juvenil al que solían acudir y claramente se desprende de la publicación en su cuenta de Facebook de vídeos y textos, al menos desde febrero de 2013 y hasta el mes de junio de 2017, de contenido violento y significado laudatorio de atentados terroristas del DAESH, ejecución de personas pertenecientes a la fuerza internacional desplegada a las zonas de conflicto bélico y de la yihad violenta como obligación de los buenos y verdaderos islamistas, iconografía y literatura del aparato propagandístico de dicha organización terrorista en cuanto que aspira, por métodos violentos, al Califato, como el acceso a páginas de las redes privadas visitadas el 11 de junio de 2017 con contenidos idóneos para incitar a la incorporación a una organización terrorista y a colaborar con la misma o en sus fines, así como, con esa misma finalidad, tenía descargados en su teléfono móvil libros de ideario yihadista, cánticos de igual signo e ideario violento e incluso esquemas de la guerrilla urbana. Se dan en la conducta del hoy acusado los elementos objetivos y subjetivos ya analizados por cuánto accede habitualmente a internet y también adquiere y tiene documentos cuyo contenido está dirigido y resulta idóneo para incitar a la incorporación a una organización terrorista (del Estado Islámico) y a la colaboración con la misma en una labor de proselitismo.

número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. El TS ha interpretado que la habitualidad no es un problema aritmético de número mínimo de comportamientos individualizados que han de sumarse hasta alcanzar una determinada cifra. Responde más a un clima de dominación o intimidación, de imposición y desprecio sistemático que los hechos probados describen. Lo determinante es crear una atmósfera general de esa naturaleza, que trasluzca un afianzado instrumento de superioridad y de dominio hacia la víctima, lo que sería producto de una reiteración de actos de violencia psíquica o física de diversa entidad, a veces nimia, pero cuya repetición provoca esa situación que permite hablar de habitualidad. La habitualidad así configurada responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal¹⁴²⁸. Para la receptación, por poner otro ejemplo, el TS entendió que “la habitualidad exige, para poder ser estimada, la repetición de actos de la misma especie como hábito o costumbre. (...) La habitualidad como se ha dicho, no es un concepto jurídicamente definido, como es, por ejemplo, la reincidencia, sino una cuestión de hecho, habiendo declarado la doctrina y la jurisprudencia que se necesitan, al menos tres actos de receptación, cuya constancia formal no es necesaria, a diferencia de lo que ocurre con la reincidencia, por lo que, como tal cuestión de hecho, es de apreciar por el Tribunal de instancia en atención a los elementos de prueba con los que se hubiese contado para formar convicción sobre su concurrencia”¹⁴²⁹.

Las referencias doctrinales a la interpretación del requisito de la habitualidad en este delito tampoco son abundantes. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, recuerda la utilidad del art. 94 CP para interpretar la habitualidad¹⁴³⁰. Sin embargo, creo que este precepto nada tiene que ver con la apreciación de habitualidad en la realización de una conducta, pues se refiere a la habitualidad en la comisión de delitos, esto es, a la consideración de un sujeto como reo habitual. El contexto de ese precepto es la apreciación de un antecedente que va a ser empleado en la valoración de la pena de un futuro delito, no para la apreciación de la comisión de un tipo penal. Por ello creo que no se trata de un paralelismo adecuado para el delito que me ocupa. CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, siguiendo el

¹⁴²⁸ Entre otras: STS 351/2021, de 28 abril.

¹⁴²⁹ STS 717/1997, de 20 de mayo, FJ 2.

¹⁴³⁰ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Penal Comentado*, 2015, pág. 776.

criterio jurisprudencial utilizado para el delito del art. 173.3 CP, a mi juicio más acertadamente, apuntan a que el órgano judicial deberá considerar acreditado el número de accesos, así como la proximidad entre los mismos, de tal forma que se llegue a la convicción de un acceso persistente a tales contenidos, que al menos debería ser en un mínimo de tres ocasiones (cifra que también derivan de la consideración de “reo habitual” del art. 94) en un lapso de tiempo no excesivo, sin que sea adecuado tomar dicha cifra como un criterio predeterminado que pueda comportar una apreciación automática del elemento del tipo por el mero hecho de haber llegado a dicho número. Argumentan que este criterio, que en principio podría parecer más inseguro, resulta, en realidad, más acorde con el principio de presunción de inocencia, por cuanto obliga al tribunal a justificar los motivos por los que considera la habitualidad probada. Y, en consecuencia, aquellas condenas en que dicho elemento se da por sentado habrán de considerarse vulneradoras del derecho fundamental a la presunción de inocencia¹⁴³¹. Comparto con estos autores sus opiniones respecto de no tomar la cifra que fijan como automática y sobre la necesidad de motivación para respetar la presunción de inocencia, si bien entiendo que la fijación de tres accesos como mínimo por referencia al art. 94 (que otorga la condición de reo habitual, es decir, una persona que ya ha cometido delitos) no es adecuada teniendo en cuenta los usos actuales de internet, el fácil acceso al mismo (hoy en día, la inmensa mayoría de las personas estamos conectadas a internet prácticamente durante todo el día, a través de nuestros smartphones). Estoy de acuerdo en la necesidad de apreciar la habitualidad añadiendo más elementos de análisis como hace el TS al referirse al maltrato habitual, y entender que para apreciar el acceso habitual debe darse, además de una reiteración (que no debe ser confundida con la propia habitualidad), una proximidad temporal que cree un contexto o un espacio apto para la capacitación mediante el adoctrinamiento o el adiestramiento.

1.4.2. La adquisición o tenencia de documentos

La segunda de las modalidades se refiere al que “adquiera o tenga en su poder documentos”.

¹⁴³¹ CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, págs. 209-211.

No se exige la habitualidad (tampoco tendría sentido, pues los documentos se adquieren una vez, y están a disposición del sujeto hasta que este lo decida), pero tampoco exige el tipo penal que los documentos o materiales se hayan leído o estudiado¹⁴³², pues el delito se consuma igualmente por la simple posesión (siempre que se aprecie el elemento subjetivo, por supuesto). CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ califican el tipo penal como un delito de posesión de objetos con la intención de cometer un delito, lo cual implica que se trata de un supuesto de inequívoca preparación de un delito¹⁴³³. Aunque en realidad, se trata de un delito de posesión con la intención de prepararse (capacitarse) para cometer un delito. ALONSO RIMO lo ha descrito como una: “preparación de la automotivación para delinquir”¹⁴³⁴.

1.4.3. Los contenidos 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

El contenido electrónico al que se accede habitualmente o los documentos que se adquieren o se poseen, 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. Advierte el TS que esta exigencia es objetiva, predicable del contenido al que se accede, se adquiere o se posee, y que no debe ser confundida, como hace el Preámbulo de la LO 2/2015¹⁴³⁵ [y la AN¹⁴³⁶], con la finalidad del sujeto (capacitarse para cometer cualquier delito de terrorismo), al margen de que el conocimiento de esa cualidad del contenido deba ser abarcada por el dolo¹⁴³⁷. ALONSO RIMO apunta a que una interpretación fiel al tenor literal, toda vez que el precepto utiliza la conjunción disyuntiva “o” (“estar dirigidos o resultar idóneos”), sugiere que basta con que tales materiales y contenidos cumplan, alternativamente, con uno de esos requisitos o con el otro, y permite entender, en efecto, que también cumplimentaría el tipo quien visitara contenidos o poseyera documentos *dirigidos* a promover tal clase de infracciones, aunque no resultaran

¹⁴³² Así lo denuncia también la STS 354/2017, de 17 mayo, FJ 2.

¹⁴³³ CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, pág. 211.

¹⁴³⁴ ALONSO RIMO, *Estudios penales y criminológicos*, N°38, 2018, pág. 470.

¹⁴³⁵ Cuando señala: “El art. 575 tipifica el adoctrinamiento y el adiestramiento (...), con especial mención al que se realiza a través de internet o de servicios de comunicación accesibles al público, *que exige, para ser considerado delito, 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*”.

¹⁴³⁶ SAN 3/2017, de 17 de enero, FJ 2; SAN 15/2018, de 21 de diciembre, FJ 4.

¹⁴³⁷ STS 354/2017, de 17 mayo, FJ 2.

idóneos para ello¹⁴³⁸. Esta interpretación estrictamente literal del precepto es posible, aunque obviamente no es recomendable desde los principios rectores del Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho¹⁴³⁹. Es cierto que la redacción del precepto no ayuda, pero no parece adecuado para apreciar el delito un contenido “dirigido” a incitar, pero que sea absolutamente inidóneo para ello. Por otro lado, cabe señalar que, aunque la conjunción “o” sea disyuntiva, lo que expresa diferencia, separación o alternativa, esta puede tener un valor exclusivo (es decir, si se dan dos opciones solo puede ser una y no las dos a la vez) o inclusivo (puede ser solo una o podrían ser ambas).

De todos modos, aunque se realice una interpretación más restrictiva de lo anterior, y se limite a contenidos objetivamente idóneos para incitar, sigue surgiendo la pregunta de cuándo un material o un acceso habitual a internet resulta idóneo para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

Un criterio que podría servir a la hora de decidir sobre la idoneidad objetiva del contenido podría ser el que se utiliza para determinar cuándo existe una tentativa inidónea (punible) o cuándo existe una tentativa absolutamente inidónea (no punible). Según el TS “deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, ‘objetivamente’ valorados ‘*ex ante*’ y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)”¹⁴⁴⁰. Para CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, integrarán este elemento típico aquellos contenidos que sean de elogio o exaltación de los delitos de terrorismo o de quienes los llevan a cabo, ya que estos presentan una idoneidad específica, concretada en su capacidad de hacer nacer en el receptor el anhelo de realizar actos de terrorismo o de emular a sus autores; pero en aquellos casos en los que el acceso sea a contenidos con una idoneidad tan sólo genérica, dicho acceso habrá de ir acompañado de un mayor número de indicios que permitan afirmar que el sujeto accedió a ellos con voluntad de capacitación para una futura comisión delictiva terrorista. Se requerirá, en lo que al adoctrinamiento se refiere, cuanto menos, que los contenidos a los que se acceda constituyan justificaciones del uso de la

¹⁴³⁸ ALONSO RIMO, *Estudios penales y criminológicos*, N°38, 2018, pág. 471.

¹⁴³⁹ En este sentido también: CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 848-849; y más extensamente: CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, págs. 212-213.

¹⁴⁴⁰ STS 764/2014, de 19 de noviembre, FJ 6.

violencia como mecanismo para lograr determinadas finalidades de carácter político, respecto de las cuales sí pueda llegar a afirmarse esa capacidad incitadora abstracta que se requiere para atribuir relevancia penal a la conducta de acceso a contenidos. En relación con el adiestramiento será necesario que el material al que se acceda, o el que se adquiriera o posea pueda permitir que quien lo asimile, pueda llevar a cabo aquello para lo cual sirve esa formación¹⁴⁴¹.

Ante esta cuestión también podría ser de ayuda lo dispuesto en el art. 2.7) del Reglamento 2021/784, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea, que da una definición, eso sí, a los efectos de aplicación del Reglamento, de lo que constituyen “contenidos terroristas”. En particular, se entiende como contenido terrorista aquel material que: a) incite, directa o indirectamente, a la comisión de delitos de terrorismo en el sentido de la Directiva 541/2017, es decir, únicamente los previstos en el art. 3.1, letras a) a i) (lo que equivaldría al art. 573.1 y 2 CP), generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos; b) induzca a una persona o grupo de personas a cometer o contribuir a la comisión de delitos de terrorismo; c) induzca a una persona o grupo de personas a participar en las actividades de un grupo terrorista; d) proporcione instrucción sobre la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre otros métodos o técnicas específicos cuyo fin sea la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo a que se refiere el art. 3.1, letras a) a i), de la Directiva; e) o la amenaza de comisión de delitos de terrorismo *stricto sensu*. Según el Considerando (11) del Reglamento, al evaluar si el material constituye un contenido terrorista en el sentido del Reglamento, las autoridades competentes y los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán tener en cuenta factores como la naturaleza y la literalidad de las declaraciones, el contexto en el que se realizaron y su potencial de conllevar consecuencias nocivas con respecto a la seguridad y la integridad de las personas. Otro indicador importante para la evaluación sería el hecho de que el material hubiera sido producido por una persona, grupo o entidad incluidos en la Lista de la UE de personas, grupos o entidades implicados en actos terroristas y sujetos a medidas restrictivas. El Reglamento nos daría como criterios, entonces, aquellos contenidos que induzcan a la comisión, de forma directa o indirecta, de delitos de terrorismo *stricto sensu*, generando

¹⁴⁴¹ CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, págs. 214-215.

con ello un riesgo de comisión¹⁴⁴²; aquellos contenidos que constituyan una amenaza de comisión de los mismos delitos; o aquellos contenidos que sirvan para incitar a la incorporación de una persona a una organización o grupo terrorista.

Por otro lado, la elección de la fórmula que marca los delitos de referencia es ciertamente desafortunada. Se refiere a que los contenidos electrónicos a los que se accede habitualmente o los documentos que se adquieren o se poseen, 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*. La incorporación a una organización o grupo se correspondería con el art. 572 CP que prevé el castigo para los que organizaran, constituyeran, promovieran, dirigieran, participaran o formaran parte de organizaciones o grupos. La colaboración con ellos (organizaciones o grupos terroristas) se correspondería con el art. 577 CP. Lo que no queda tan claro es la referencia a la colaboración “en sus fines”. CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ entienden que con ello se abarca todos los delitos del Capítulo¹⁴⁴³. Es verdad que sería ciertamente incongruente que no se previeran, por ejemplo, los delitos de terrorismo *stricto sensu*, es decir, los del art. 573.1 CP. Sin embargo, lo que creo que pretendía el legislador con la referencia a “los fines” era dar cabida al terrorismo individual¹⁴⁴⁴, si bien podría haberlo hecho utilizando una formulación más clara referida a los concretos delitos, como sí hace en otros preceptos, pues, como ya se ha señalado, el elemento estructural ya no es crucial para apreciar la comisión de delitos de terrorismo. Entonces, al hacer referencia a delitos concretos, se entendería incluidos en ellos la posibilidad de que los cometiera un “terrorista individual”. Por otro lado, no estoy de acuerdo en que la mejor interpretación de la referencia a los fines tenga que abarcar todos los delitos del Capítulo, pues entonces, se estaría reconociendo la posibilidad de que los documentos que se adquieren o poseen, o a los que se accede habitualmente, puedan ser idóneos, para incitar a la comisión, de, por ejemplo, un delito de enaltecimiento del terrorismo. Es posible, pero el Derecho penal no debería alcanzar este tipo de conductas. Tampoco creo que deba entenderse los fines como la referencia a los fines últimos de la organización o grupo (por ejemplo, la

¹⁴⁴² Esa es la definición también, por cierto, del delito de provocación pública al terrorismo que manejan los instrumentos europeos, como más adelante veremos.

¹⁴⁴³ CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, pág. 216.

¹⁴⁴⁴ En este sentido: CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, pág. 216; POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, pág. 247.

independencia de un territorio, o la implementación de un estado islámico), sino a las finalidades a las que hace referencia el art. 573 CP¹⁴⁴⁵.

1.5. El tipo subjetivo común a las cuatro modalidades

Ya se ha adelantado que las conductas descritas en estos artículos son neutrales, por lo que lo que las convierte en delito es la apreciación de un elemento subjetivo: *la finalidad de capacitarse para la comisión de alguno de los delitos de terrorismo del Capítulo*. La intención de capacitarse para cometer delitos de terrorismo debe ser previa a las conductas, y no el resultado de estas. Es decir, no se castiga a quien se adoctrina o se adiestra, sino a quien tiene la voluntad de, con ello, capacitarse para cometer otros delitos de terrorismo¹⁴⁴⁶. Ciertamente, creo que la elección del legislador de la expresión “capacitar” (que significa, según la RAE: “1. tr. Hacer a alguien apto, habilitarlo para algo”) para conformar el elemento subjetivo no es adecuada, pues es una suerte de paso intermedio que hace la conducta menos peligrosa. De hecho, la finalidad de capacitarse no es más que la finalidad de “prepararse” para cometer otros delitos. Si se sustituye un término por el otro, el significado seguiría siendo el mismo. Sin embargo, creo que el legislador eligió el término “capacitarse” para no dejar tan evidente que estos delitos son actos materiales preparatorios de actos de terrorismo propiamente dichos, o, en ocasiones, y ello es lo más preocupante, actos materialmente preparatorios de otros actos materialmente preparatorios.

Se trata de tipos penales dolosos con doble elemento subjetivo, por lo que son difícilmente compatibles con el dolo eventual. Esto, el TS, lo considera como un elemento “diverso” y que contiene un “elemento teleológico redoblado”; pues el adoctrinamiento/adiestramiento pasivo o el autoadoctrinamiento/autoadiestramiento tienen la *finalidad de capacitarse*, y el logro pretendido de tal aptitud, a su vez, ha de ser *para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo*¹⁴⁴⁷. Se trata de un elemento subjetivo muy peculiar, pues son dos los elementos subjetivos contenidos

¹⁴⁴⁵ Refiriéndose a los delitos de adiestramiento y adoctrinamiento activos, la STS 13/2018, de 16 de enero señala que: “El precepto trata de evitar que las organizaciones terroristas puedan servirse de individuos que, sin estar incardinados en ellas, *coincidan en facilitar el propósito de aquellas de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública*”.

¹⁴⁴⁶ En este sentido: CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma*, 2015, pág. 60; CASTELLVÍ MONSERRAT, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/HORTAL IBARRA (Coord.), *Manual PE*, T.1, 2ª ed., 2019, pág. 848.

¹⁴⁴⁷ STS 354/2017, de 17 mayo, FJ 2; STS 1017/2021, de 30 de diciembre, FJ 1.

en el tipo, siendo el de la capacitación a su vez para llevar a cabo delitos de terrorismo (para los que también es necesario un elemento subjetivo adicional, una de las cuatro finalidades del art. 573 CP).

Tal y como se ha indicado, la finalidad del art. 575.1 y 2 CP se extiende a la comisión de cualquier delito del Capítulo y no como dispone la Directiva 2017/541 solo a la comisión de los “delitos de terrorismo” propiamente, que en el Derecho español equivaldrían a los previstos en el art. 573.1 y 2 CP. Esta consideración tiene consecuencias de calado, pues representa una desmesurada ampliación de las posibilidades de comisión del delito, además de plantear un sinnúmero de problemas concursales, sobre todo con los delitos de terrorismo que presentan un elemento comunicativo. Entonces, este elemento incluye la finalidad de capacitarse para cometer actos individuales de terrorismo desvinculados de organizaciones o grupos, para integrarse en ellos (art. 572 CP), para colaborar de forma puntual con los mismos (art. 577 CP), de modo que el art. 575.1 y 2 posibilita castigar como autor en su modalidad consumada a quien tan solo se prepara o forma para cometer delitos que castigan a su vez actuaciones que, cuando se ejecuten, se desenvolverán también en el ámbito meramente preparatorio de delitos terroristas en sentido estricto, hasta entrar en bucle¹⁴⁴⁸.

1.5.1. La prueba del elemento subjetivo en la jurisprudencia

La prueba del elemento subjetivo se muestra compleja. En las formas pasivas de capacitación quizás puedan haberse dado comunicaciones del sujeto con las personas que le han procurado la enseñanza de las que se pueda deducir la finalidad de capacitarse para cometer delitos de terrorismo. En las modalidades de autocapacitación, en las que el sujeto ha adquirido su adoctrinamiento/adiestramiento por él mismo sin la intervención de terceros, si la expresión de esa finalidad no se expresa al exterior y se mantiene en su fuero interno, su prueba se torna aún más difícil¹⁴⁴⁹. Y son precisamente estas dificultades las que intenta salvar el legislador introduciendo las presunciones en las modalidades de

¹⁴⁴⁸ STS 354/2017, de 17 mayo, FJ 2.

¹⁴⁴⁹ Ello es lo que habría ocurrido, por ejemplo, en la SAN 22/2019, de 26 de diciembre. El relato de hechos, tras describir los contenidos a los que la acusada había accedido, recoge la declaración de un testigo protegido, que manifestó que la acusada “le comentó que iba a cometer una acción el 25 de julio de 2018, que quería alquilar un coche o una furgoneta por unos 200 euros que iba a conducir ella con la que pretendía atropellar a mucha gente (...) repitió su intención en varias ocasiones, (...); le indicó que quería contactar con gente de DAESH para que le ayudara; estaba preocupado por lo que ella le contó y fue a decírselo a la Guardia Civil”.

autocapacitación¹⁴⁵⁰, lo que, por supuesto, no consigue. Como apunta GARCÍA ALBERO, la aparente presunción que realiza, literalmente, solo se proyecta sobre la *capacitación*, más no sobre la finalidad de *capacitarse para cometer delitos*¹⁴⁵¹.

Pasando a otra cuestión, he repetido en varias ocasiones que las conductas previstas en el art. 575 CP son neutrales. Entonces, para apreciarlas en su modalidad delictiva, habrá que probar la concurrencia del elemento subjetivo que la norma penal contiene, como sabemos, *el capacitarse para la comisión de alguno de los delitos de terrorismo del Capítulo*. Y en la prueba (indiciaria por necesidad) de ese elemento subjetivo descansa precisamente, como acertadamente apunta GARCÍA ALBERO, la delimitación entre lo penalmente relevante y el ejercicio de derechos fundamentales¹⁴⁵² (el derecho a difundir y a recibir información, a la libertad ideológica y religiosa, a la libertad de expresión, etc.). Entonces, habrá que actuar de forma extremadamente cautelosa a la hora de valorar la concurrencia de este elemento teleológico, pues se corre el riesgo de tomar como suficiente para ello la comunión con ciertas ideologías o creencias. La valoración de la prueba es fundamental, y esta deberá mostrar inequívocamente que se encuentra acreditado el elemento subjetivo para imponer una sentencia condenatoria. Y es que, por ejemplo, el habitual acceso a contenidos, así como la tenencia y adquisición de documentos empujará inevitablemente, como se verá seguidamente al citar algunas argumentaciones de la AN, a un tratamiento de la prueba indiciaria que va a colisionar gravemente con el principio del hecho, en el que las creencias, la religión, la procedencia, o la forma de vida pueden determinar las conclusiones inferenciales. Ello obviamente no es admisible, pues no puede entenderse presumida la finalidad si quiere respetarse el derecho fundamental a la presunción de inocencia, que impide que algunos de los elementos típicos se presuman en contra del acusado¹⁴⁵³ (aunque, de hecho, así se haga). Y con ello no hago una crítica a la prueba indiciaria, pues esta en sí no es perjudicial, y, de hecho, en ocasiones es ineludible y sirve para demostrar cuestiones que de otro modo no sería posible. Ahora bien, el problema

¹⁴⁵⁰ El Considerando (11) *in fine* de la Directiva 2017/541 así lo sugiere: “En el contexto de todas las circunstancias específicas del caso, esta intención puede inferirse, por ejemplo, del tipo de materiales y de la frecuencia de la consulta”.

¹⁴⁵¹ GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, pág. 1909.

¹⁴⁵² *Ibid.*, pág. 1907.

¹⁴⁵³ GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, págs. 1909-1910. También: FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en: CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO (Coord.), *Protección jurídica*, 2016, pág. 121.

estriba en si esos indicios derivan de prueba directa de hechos o si en realidad están contaminados por sesgos de algún tipo (ideológicos, religiosos, raciales, de nacionalidad...). El problema no radica en probar a través de indicios, sino en probar a través de indicios inadecuados. Por ejemplo, no es admisible en un Derecho penal del hecho que la AN tome como indicio del autoadoctrinamiento lo siguiente: “a la vez que a Estefania Lorenza *le notan un gran cambio de costumbres y en la vestimenta, (...), utilizando una prenda en la cabeza que cada vez la cubre más, pasando del hiyab a una modalidad de shador, lo que constituye un hecho relevante*, en unión del resultado de las demás diligencias realizadas”¹⁴⁵⁴. De hecho, esto fue reprochado al Tribunal central por el TS: “la Sala de instancia remarca en diferentes párrafos de la justificación probatoria que la acusada, después de haberse casado con José Ramón, cambió su indumentaria, cubriendo su cabeza con un velo islámico (en su modalidad de *hiyab*) y adoptando una vestimenta con los caracteres propios de personas integradas en el mundo islámico. Sin embargo, conviene advertir que un hecho de esa naturaleza no reviste la relevancia que se le da en los distintos informes policiales, dado que no se trata de un indicio consistente para poder imputar a una persona un adoctrinamiento encauzado a enrolarse en organizaciones terroristas que practican la yihad”¹⁴⁵⁵. Esta concreta vestimenta constituye la exteriorización del derecho a la libertad religiosa protegido por el art. 16 CE¹⁴⁵⁶, por lo que su apreciación como un indicio delictivo no representa más que una deriva hacia el Derecho penal de autor¹⁴⁵⁷. Esta sentencia condenaba a un matrimonio por sendos delitos de adoctrinamiento pasivo (aunque en la sentencia confunde en ocasiones el autoadoctrinamiento y el adoctrinamiento pasivo) y por un delito de traslado a territorio controlado por organización o grupo terrorista en grado de tentativa. Dejando a un lado que la condena por ambos delitos en concurso real es cuestionable, pues parece que a la conducta de trasladarse o establecerse en territorio extranjero con finalidad terrorista le

¹⁴⁵⁴ SAN 5/2017, de 28 de febrero.

¹⁴⁵⁵ STS 661/2017, de 10 de octubre.

¹⁴⁵⁶ La libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE) comportan “la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento” (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 10 y 137/1990, de 19 de julio, FJ 8), y “no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones”, sino que “comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito sin padecer la comprensión o la injerencia de los poderes públicos”.

¹⁴⁵⁷ Desde el Derecho administrativo, el uso del velo, concretamente de sus formas integrales, ha sido prohibido por muchos Estados europeos alegando que se trata de una limitación proporcional del derecho a la libertad religiosa por razón de orden público. No es lugar aquí para extenderse sobre ello, pero el trasfondo de estas prohibiciones tiene mucho que ver con la obsesión securitaria de los Estados.

habrá precedido, al menos, un adoctrinamiento (pasivo o autoprocurado)¹⁴⁵⁸, el TS anuló la condena de la mujer por ambos delitos¹⁴⁵⁹, no solo por la antedicha prueba indiciaria (inadecuada), sino por la falta de individualización de las conductas efectuadas por parte de cada uno de los acusados. Así, en cuanto al adoctrinamiento pasivo, la AN justificó la condena en lo siguiente: “Ambos acusados han sido receptores de la ideología del grupo terrorista DAESH, alcanzando un nivel de *autoadoctrinamiento* que les lleva a asumir los postulados y fines de aquella organización terrorista. A través de las redes sociales, los acusados participan en la adquisición y captación de aquellas ideas radicales y sangrientas hasta el punto de justificar la presencia de su hermano y cuñado en la zona de conflicto, siguiendo sus consejos, admirándose de sus supuestas ‘gestas’ y lamentándose de su muerte, mostrando indiferencia y hasta desprecio por la vida y la integridad física de las personas víctimas de las atrocidades cometidas (...). De ahí que en este *autoadoctrinamiento* buscado de propósito concurra una verdadera asunción de ideales y fines cercana a los delitos de pertenencia o colaboración con banda armada”. La defensa destacó en su recurso que la AN parecía tratar los hechos del matrimonio como si fueran cometidos por una misma persona, actuando ambos acusados al unísono todo el tiempo, haciendo la sentencia descripciones de los hechos totalmente genéricas y ambiguas, impregnadas de generalizaciones, en las que nada se especifica sobre hechos concretos de cada uno de los acusados. Ello lo reconoce igualmente el TS, y declara que la precariedad de la prueba de cargo contra la acusada queda patente, así como la no apreciación de las pruebas de descargo¹⁴⁶⁰. Claramente, esta sentencia vulneraba la presunción de inocencia y el principio de responsabilidad personal, que impone que únicamente puede responderse penalmente por los hechos propios delictivos y no por los hechos ajenos en los que el sujeto no tenga ninguna influencia ni responsabilidad (por deberes de control)¹⁴⁶¹.

Otros pronunciamientos de la AN sobre este grupo de delitos del art. 575 CP tampoco han respetado el requerimiento típico del elemento subjetivo, aduciendo interpretaciones propias del Derecho penal de autor.

¹⁴⁵⁸ CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 851, también lo resalta: “si bien se mira, la decisión de viajar con los fines indicados es el corolario de un previo proceso de adoctrinamiento; es un supuesto de paso al acto específicamente tipificado”.

¹⁴⁵⁹ Al marido le mantuvo únicamente el delito de adoctrinamiento pasivo con la pena rebajada.

¹⁴⁶⁰ STS 661/2017, de 10 de octubre.

¹⁴⁶¹ LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3ª ed., 2016, págs. 45-46.

La SAN 39/2016, de 30 de noviembre condenó a un sujeto por el delito de autoadoctrinamiento terrorista¹⁴⁶². El Tribunal central, no solo no acredita de ningún modo el elemento subjetivo, sino que no le hace falta ni siquiera entender los documentos o contenidos que se le presentan como prueba. Palabras textuales: “*Basta ver las imágenes, durísimas, de muchos de los vídeos, que no precisan siquiera de la comprensión de cuanto en ellos se recita. Basta oír el tono de soflama de la voz de los discursos, el fluir de la música salmódica de unos, la vibrante y enardecedora de otros, la técnica agresiva de los vídeos, los flash intercalados, la técnica de depurado adoctrinamiento. (...) Si a tal visión unimos la lectura del contenido de los mensajes, traducidos del árabe, la naturaleza de los vídeos, fotografías y post guardados no deja lugar a dudas*”¹⁴⁶³. No le falta razón a ALONSO RIMO cuando califica los términos en los que se expresa la sentencia como de Derecho penal de autor *de libro*, y que precisamente ilustra los riesgos que implica su vigencia¹⁴⁶⁴. La STS 354/2017, de 17 de mayo, rechazó el pronunciamiento de la AN y absolvió al condenado del delito de autoadoctrinamiento, en tanto que no se había probado el elemento subjetivo del injusto. En dicho pronunciamiento, el TS puso negro sobre blanco que no resulta suficiente para su acreditación “el mero contenido de las páginas de internet examinadas o de los documentos poseídos, pues su colisión con la libertad ideológica y el derecho a la información, determina la dificultad de que sea integrada exclusivamente por el sesgo de la determinada ideología a la que confluyen los contenidos visitados, por aberrante que fuere, de modo que habitualmente resultará la necesidad de que esa acreditación sea externa, diversa al estricto contenido examinado”¹⁴⁶⁵.

Puede ponerse otro ejemplo. La SAN 38/2016, de 7 de diciembre, que impuso al acusado una pena de prisión de tres años y seis meses, una pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez años y libertad vigilada por tiempo de cuatro años por un delito del art. 575.2 CP. Consideró la AN esta pena adecuada y proporcionada a la conducta del acusado, dado el volumen de material encontrado en su smartphone, cito literalmente: con la finalidad de “adoctrinamiento religioso radical islamista”, “amén de su labor proselitista, caldo de cultivo ideal del que las organizaciones extremistas radicales se

¹⁴⁶² Realiza un comentario crítico a esta sentencia: CANO PAÑOS, *Revista de Derecho constitucional europeo*, Nº27, 2017, págs. 207-245.

¹⁴⁶³ SAN 39/2016, de 30 de noviembre, FJ 3, cursivas añadidas.

¹⁴⁶⁴ ALONSO RIMO, *Estudios penales y criminológicos*, Nº38, 2018, pág. 471.

¹⁴⁶⁵ STS 354/2017, de 17 de mayo, FJ 2.

estarían nutriendo para engrosar sus filas en su llamada a practicar la ‘yihad’; gravedad por tanto de la conducta del acusado como se ha podido constatar en los últimos atentados perpetrados en Europa”. Sigue, “Dada la actividad probatoria definida, queda acreditado el adoctrinamiento pasivo o autoadoctrinamiento [aquí el tribunal confunde la nomenclatura de los delitos], recibido a través de autoridades islamistas religiosas de ideología radical, así como del uso de las redes sociales canalizadoras de tales ideologías, con la finalidad de perseguir los fines del Estado Islámico, sin olvidar su actividad proselitista difundiendo sus consignas y mensajes por internet a favor de dicha organización terrorista [descripción de conductas que se solaparía con lo recogido en los arts. 578 o 579.1 CP], quedando así desvirtuada la presunción de inocencia”. La interpretación del delito que realiza la AN olvida la prueba del elemento subjetivo, fundamental en ese tipo penal. Y, cuando vagamente lo intenta, lo confunde. La finalidad típica es la capacitación para la comisión de cualquier delito de terrorismo, no es el “adoctrinamiento religioso radical islamista”, ni “perseguir los fines del Estado Islámico”.

Lo que hace la AN en estas sentencias, que solo son ejemplos, vulnera los derechos fundamentales ya mencionados más arriba y suponen una visión del Derecho penal que no respeta el principio del hecho¹⁴⁶⁶. Simplemente le vale al Tribunal para probar la comisión del delito la ideología o las creencias de los sujetos, pues no prueba la intención de capacitarse para cometer futuros delitos de terrorismo, que es lo que exige el art. 575.2 CP.

A pesar de las resoluciones de la AN citadas, el tribunal, siguiendo la estela más restrictiva del TS, sí reconoce en sentencias posteriores la importancia del elemento subjetivo en este delito, y ha acogido interpretaciones más respetuosas con la presunción de inocencia y con la libertad ideológica¹⁴⁶⁷. Aunque ello podría parecer positivo, no es oro todo lo que reluce. La AN, incapaz de condenar a sujetos por autoadoctrinamiento/autoadiestramiento por la dificultad de probar el elemento subjetivo,

¹⁴⁶⁶ A pesar de que la AN haga un llamamiento a la doctrina “para que no exagere”. Pueden verse, en este sentido, la SAN 3/2017, de 17 de enero, FJ 2 o la SAN 15/2018, de 21 de diciembre, FJ 4: “*Por ello la doctrina habrá de estar tranquila, no se trata de condenar a alguien ni por su ideología extrema y aberrante, o porque se dedique a frivolar y a jugar en internet con ser terrorista, sino cuando traspase la barrera del mero deseo, inquietud, de la vocación, resultando debidamente constatada la verdadera intención, desplegando una actividad que por sí misma, y conforme a lo dicho anteriormente sea objetivamente peligrosa*”.

¹⁴⁶⁷ Por ejemplo, pueden verse: SAN 28/2020, de 9 de diciembre; SAN 22/2022, de 14 de julio.

ha comenzado a institucionalizar como práctica la expulsión del territorio para algunos de estos supuestos. De ello me ocupo más detenidamente más adelante.

1.5.2. Las Decisiones del Consejo Constitucional francés y la inconstitucionalidad del delito de “acceso habitual a sitios web terroristas” de su art. 421-2-5-2 Code Pénal

La legislación penal y administrativa francesa en materia de terrorismo ha sufrido múltiples modificaciones en los últimos años. En una de estas reformas, concretamente en 2016¹⁴⁶⁸, se introdujo un precepto que castigaba la mera consulta habitual de materiales en línea que promovieran el terrorismo.

Las claras fricciones con los principios penales y con los derechos fundamentales llevaron al Consejo Constitucional francés (“*Conseil Constitutionnel*”) a declararlo inconstitucional en dos ocasiones en un mismo año. Traigo a colación estas dos sentencias por la relevancia que otorgan al elemento subjetivo a la hora de declarar inconstitucional el precepto francés.

Así, en junio de 2016, se introdujo en el Code Pénal francés el art. 421-2-5-2, que castigaba con dos años de prisión y una multa de 30.000 euros el hecho de consultar habitualmente un servicio de comunicación pública en línea que pusiera a disposición mensajes, imágenes o representaciones que provocasen directamente la comisión de actos de terrorismo o que hicieran apología de los mismos cuando, a tal efecto, dicho servicio incluyera imágenes o representaciones que mostraran la comisión de atentados deliberados contra la vida. Aclaraba el precepto a renglón seguido que el artículo no se aplicaría cuando la consulta se llevara a cabo de buena fe, resultara del ejercicio normal de una profesión informativa, tuviera lugar en el contexto de una investigación científica o se realizara con la finalidad de prueba ante un tribunal¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶⁸ Mediante el art. 18 de la Ley N°2016-731, de 3 de junio de 2016, por la que se refuerza la lucha contra la delincuencia organizada, el terrorismo y su financiación, y se mejora la eficacia y las garantías del proceso penal”; (“*LOI N°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*”).

¹⁴⁶⁹ “*Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende. / Le présent article n'est pas applicable lorsque la consultation est effectuée de bonne foi, résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice*”.

El Consejo Constitucional francés, mediante su Decisión N°2016-611, de 10 de febrero de 2017, declaró inconstitucional el art. 421-2-5-2 en su redacción de 2016.

La parte demandante en la cuestión de constitucionalidad alegó que el citado precepto vulneraba la libertad de comunicación y de opinión en la medida en que el delito castigaba el mero acceso habitual a servicios públicos de comunicación en línea, sin ningún requisito subjetivo adicional, es decir, sin exigir finalidad ilícita alguna. Alegaba que esta disposición violaba el principio de legalidad por la imprecisión de los términos que empleaba su redacción. Además, se adujo que vulneraba doblemente el principio de igualdad: por un lado, porque solo determinadas personas estaban autorizadas por ley a acceder a estos contenidos en razón de sus profesiones; y, por otro, porque el acceso a contenidos que inciten a la comisión de actos terroristas, en virtud del precepto, solo era punible si se accedía a través de internet, y no a través de otros medios. Por último, argumentaba la demandante que la disposición impugnada vulneraba la presunción de inocencia, en tanto que presumía que la persona que realiza la consulta habitual iba a cometer en el futuro actos terroristas.

El art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispone que: “La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más preciados de la humanidad: todo ciudadano debe hablar, escribir e imprimir libremente, excepto en lo que se refiere a al abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”. Corresponde al legislador dictar las normas relativas a la lucha contra la incitación y fomento terrorista en internet para salvaguardar el orden público y para la prevención de las infracciones, pero todo ello debe conjugarse con el respeto a la libre comunicación y a la libertad de hablar, escribir e imprimir. La libertad de expresión y comunicación es condición fundamental de un Estado democrático y una de las garantías del respeto de los demás derechos. El uso generalizado actual de los medios de comunicación electrónicos hace que este derecho incluya la posibilidad de acceder libremente a esos servicios.

El Consejo Constitucional realiza un repaso por la gran cantidad de disposiciones que la legislación francesa ya ofrecía a los poderes públicos para abordar la radicalización en línea. Estas medidas incluyen la vigilancia, tanto policial como de inteligencia, medidas administrativas, órdenes de eliminación de contenido terrorista a los prestadores de servicios de alojamiento en línea (también como medida cautelar) y un amplio arsenal

de disposiciones penales de carácter preparatorio de actos terroristas (siempre que se demuestre la intención terrorista).

A partir del examen de todas las normas en la materia disponibles en Francia, el Consejo Constitucional entiende que la norma penal impugnada no cumple con el requisito de la necesidad. Las autoridades administrativas y judiciales francesas disponen de numerosas posibilidades menos gravosas extrapenales que permiten la vigilancia de los servicios de comunicación online que inciten o enaltezcan el terrorismo, así como sanciones administrativas a sus autores. También disponen de otras medidas penales similares (art. 421-2-6-I-2º-c) Code Pénale), que sí exigen el elemento subjetivo adicional (sobre esto volveré más adelante), y que permiten a las autoridades la vigilancia de las personas que accedan a estos servicios, así como su interrogatorio y castigo, cuando se cumplan los requisitos del delito. En segundo lugar, en cuanto a los requisitos de adecuación y proporcionalidad en sentido estricto respecto de la vulneración de la libertad de comunicación, las disposiciones impugnadas no exigen que el sujeto que accede habitualmente a los servicios públicos de comunicación en línea tenga una intención ilícita terrorista. Así, estas disposiciones sancionan con dos años de prisión y una elevada multa el simple hecho de acceder varias veces a un servicio público de comunicación en línea, cualquiera que sea la intención del particular, cuando dicho acceso no se enmarque dentro de la actividad profesional normal que tenga por objeto informar al público, la realización de investigaciones científicas, o para su uso como prueba en los tribunales. Si bien el legislador excluyó sancionar cualquier acceso a esta información en línea “de buena fe”, no se conoce el alcance que el legislador pretendió otorgar a esta exención (nada se dice sobre ello en los trabajos legislativos), dado que la tipificación que se instituye, como se señaló anteriormente, no exige que la realización individual de estos actos esté motivada por intenciones ilícitas. Por tanto, el artículo introduce incertidumbre sobre la licitud del acceso a determinados servicios públicos de comunicación en línea, y, en consecuencia, del uso de internet para la búsqueda de información.

De toda la argumentación anterior el Consejo Constitucional colige la inconstitucionalidad del art. 421-2-5-2 del Code Pénal, pues vulnera el ejercicio de la libertad de comunicación al no supera el test de proporcionalidad que las limitaciones de derechos deben respetar.

Tras la declaración de inconstitucionalidad, el legislador francés, reintrodujo el delito inmediatamente (en dieciocho días) con unos mínimos retoques, mediante una Ley

con fecha de 28 de febrero de 2017. La disposición renovada agregó en el primer párrafo el requisito de que la consulta habitual de sitios web terroristas debía realizarse “sin motivo legítimo”, que esta debía ir acompañada de la “manifestación de adherirse a una ideología expresada en esas páginas web”, pero no llegó a exigir intención terrorista¹⁴⁷⁰. En el segundo párrafo, aclara el legislador francés qué deberá entenderse como “motivo legítimo” (elimina de la redacción la referencia a la “buena fe”), reproduciendo el precepto anterior prácticamente, realizando una mínima adición¹⁴⁷¹.

El Consejo Constitucional francés fue invitado de nuevo a evaluar la constitucionalidad del precepto. La parte demandante alegaba las mismas razones que en la anterior cuestión.

El 15 de diciembre de 2017, en una Decisión muy similar a la anterior, el Consejo Constitucional declaró de nuevo la inconstitucionalidad del art. 421-2-5-2 del Code Pénal¹⁴⁷². Encontró que la nueva condición de adhesión a la ideología terrorista era insuficiente porque no superaba el umbral de la necesidad para la limitación de los derechos fundamentales y señaló que la salvaguardia adicional de que la consulta se realice “sin motivo legítimo”, en realidad, lo que genera es incertidumbre en cuanto a su alcance.

El Consejo Constitucional hace un de nuevo un repaso por todas las normas (penales y extrapenales) que se ocupan de la lucha antiterrorista, en concreto sobre la lucha contra los contenidos terroristas en internet. Añade que desde la entrada en vigor del nuevo art. 421-2-5-2 del Code Pénal, el legislador había dotado a la administración de nuevas medidas individuales de control y vigilancia a efectos de prevenir la comisión de actos terroristas. De nuevo, entiende que la norma penal impugnada no cumple con el requisito de la necesidad. El legislador añadió en la versión segunda del precepto que debía manifestarse que el acceso iba acompañado de la voluntad de adherirse a la ideología expresada en esas páginas de internet, pero ello, a juicio del Consejo, no suponía la existencia de una intención de cometer actos terroristas¹⁴⁷³. Por ello, entiende

¹⁴⁷⁰ “(...) cuando dicha consulta vaya acompañada de una manifestación de adhesión a la ideología expresada en dicho servicio”; “(...) *d'amende lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service*”.

¹⁴⁷¹ “(...) o el hecho de que esta consulta vaya acompañada de un informe del contenido de este servicio a las autoridades públicas competentes”; “(...) *ou le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement des contenus de ce service aux autorités publiques compétentes*”.

¹⁴⁷² Decisión N°2017-682 QPC, de 15 de diciembre de 2017.

¹⁴⁷³ Sobre el elemento teleológico, en esta Decisión del Conseil Constitutionnel, y en otras, puede verse: ALIX, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, N°2, 2019, págs. 505-521.

nuevamente que los requisitos de adecuación y proporcionalidad en sentido estricto respecto de la vulneración de la libertad de comunicación no se cumplen. A pesar de la adición legislativa, a juicio del Consejo Constitucional el precepto seguía criminalizando el mero acceso habitual a determinados espacios de internet. Por otro lado, el legislador excluía la penalización del acceso a estos sitios web si ello se hacía por “motivos legítimos”. El Consejo sigue entendiendo que el alcance de esa exención no puede determinarse, precisamente porque la manifestación de adherencia a la ideología mostrada en el sitio web en cuestión parece poco probable que pueda constituir un motivo legítimo excluyente. Por tanto, el artículo examinado provoca otra vez incertidumbre sobre la licitud del acceso a determinados servicios públicos de comunicación en línea, y, en consecuencia, del uso de internet para la búsqueda de información.

De acuerdo con estos argumentos, el Consejo Constitucional francés vuelve a declarar inconstitucional la norma, por la vulneración del derecho a la comunicación. Esto, como es obvio, denota una tensión entre el legislador francés y los procesos de revisión constitucional. Parece que el primero intenta eludir los límites impuestos por la propia Constitución y por la primera decisión del Consejo Constitucional, lo que es patente al reintroducir un delito declarado poco tiempo antes como inconstitucional¹⁴⁷⁴.

El legislador francés, de momento, no ha reintroducido por tercera vez un precepto de similares características. Ahora bien, como he adelantado, hay que recordar ya existía otro precepto en el Code Pénal francés desde 2014 similar al declarado inconstitucional, este sí con un elemento teleológico adicional de carácter terrorista. El art. 421-2-6-2º-c) del Code Pénal que tipifica los delitos relacionados con el terrorismo individual (“*Entreprise individuelle*”) tipifica como delito la consulta habitual de servicios de comunicación pública o poseer documentos que provoquen directamente o enaltezcan la comisión de actos terroristas con la condición adicional de que el individuo posea, obtenga o fabrique “objetos o sustancias susceptibles de crear un peligro para los demás” para preparar actos de terrorismo¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷⁴ BOUTIN, *VerfassungsBlog*, 5 de mayo de 2018.

¹⁴⁷⁵ Art. 421-2-6 del Code Pénal: “I.- Constituye un acto de terrorismo el hecho de preparar la comisión de uno de los delitos mencionados en II, ya que la preparación de dicho delito es intencional en relación con una empresa unipersonal cuyo objeto es perturbar gravemente el orden público mediante la intimidación o el terror. y se caracteriza por:

1º El hecho de poseer, obtener, intentar obtener o fabricar objetos o sustancias susceptibles de crear un peligro para los demás;

2º Y uno de los otros hechos materiales siguientes: (...)

La similitud del artículo derogado en Francia con el art. 575.2.1º CP es notoria, aunque la crucial diferencia estribaba en la falta de previsión de un elemento subjetivo adicional con carácter terrorista. Obviamente, la vulneración de derechos fundamentales y principios penales en la disposición francesa era mucho más flagrante que en la española (la doctrina la ha calificado como un auténtico crimen de pensamiento¹⁴⁷⁶), pues al menos en nuestra tipificación nacional se prevé la necesidad de acreditar una finalidad adicional. Ahora bien, el precepto español no está exento por ello de las otras múltiples críticas que he ido exponiendo (y que continuaré exponiendo en las páginas siguientes). La previsión del elemento subjetivo es fundamental y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia del TS para salvaguardar la constitucionalidad del precepto español, sin embargo, las limitaciones de un elemento subjetivo configurado como “la finalidad de capacitarse” son manifiestas, y en muchas ocasiones los órganos judiciales han condenado sin comprobar que el elemento efectivamente concurría.

1.6. Un desmesurado adelantamiento de las barreras de punición, delitos de sospecha y Derecho penal de autor

El legislador presume que ciertas actividades entrañan siempre un determinado peligro, de manera que su realización se supone, sin más, peligrosa según un juicio que

c) consultar habitualmente uno o varios servicios de comunicación pública en línea o poseer documentos que inciten directamente a la comisión de actos de terrorismo o que los enaltezcan; (...)

II. – La I se aplica a la preparación de la comisión de los siguientes delitos:

1º Cualquiera de los actos de terrorismo mencionados en el 1º del art. 421-1;

2º O uno de los actos de terrorismo mencionados en el 2º del mismo art. 421-1, cuando el acto preparado consista en la destrucción, degradación o deterioro por sustancias explosivas o incendiarias a realizarse en circunstancias de tiempo o lugar susceptibles de causar daño a la integridad física de una o más personas;

3º Cualquiera de los actos de terrorismo mencionados en el art. 421-2, cuando el acto preparado sea susceptible de causar daño a la integridad física de una o más personas”.

(“I. – Constitue un acte de terrorisme le fait de préparer la commission d'une des infractions mentionnées au II, dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée par: 1º Le fait de détenir, de se procurer, de tenter de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui; 2º Et l'un des autres faits matériels suivants: (...) c) Consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie; (...); II. – Le I s'applique à la préparation de la commission des infractions suivantes: 1º Soit un des actes de terrorisme mentionnés au 1º de l'article 421-1; 2º Soit un des actes de terrorisme mentionnés au 2º du même article 421-1, lorsque l'acte préparé consiste en des destructions, dégradations ou détériorations par substances explosives ou incendiaires devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes; 3º Soit un des actes de terrorisme mentionnés à l'article 421-2, lorsque l'acte préparé est susceptible d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes”).

¹⁴⁷⁶ BOUTIN, *VerfassungsBlog*, 5 de mayo de 2018.

proporciona la experiencia social. Ello justifica la existencia de delitos de peligro, incluso, de peligro abstracto, que deberán respetar, como todos, los principios que rigen nuestro Derecho penal, entre ellos, el principio de lesividad¹⁴⁷⁷. Sin embargo, estas conductas representan una dimensión más alejada que lo que conformaría el peligro abstracto. Nos encontramos ante una fase previa a la situación de peligro, interviniendo ante factores que pueden llegar a provocar ese peligro¹⁴⁷⁸. Y la intervención frente a esos factores del riesgo no debería ser tarea del Derecho penal, sino de otras parcelas del ordenamiento jurídico o de otras políticas¹⁴⁷⁹. Ello únicamente es muestra de un Derecho penal securitario, alejado de la conformidad con los derechos fundamentales y los viejos principios del Derecho penal.

Existe un debate sobre si este tipo de delitos previstos en el art. 575 son delitos autónomos o son actos preparatorios de otros posteriores actos terroristas elevados a la categoría de delitos. Así, según GALÁN MUÑOZ se trataría de delitos autónomos, de mera actividad y peligro abstracto, en tanto que sancionan actuaciones tan absolutamente distantes no solo del comienzo de la efectiva ejecución de los verdaderos atentados terroristas, sino incluso de la adopción de la decisión de cometer uno en concreto de entre ellos, como serían, por ejemplo, las referidas a la mera recepción y asimilación de ideas y creencias radicales (adoctrinamiento pasivo). Pero además y, sobre todo, también respalda dicha interpretación el hecho de que las dos figuras comentadas establezcan para sus autores una pena de dos a cinco años de prisión que no dependerá ni estará directamente relacionada con la prevista para los delitos que su ejecución supuestamente viniese a preparar, hecho que nos lleva a entender que nos encontramos ante unos delitos cuya realización no tiene por qué estar necesariamente dirigida a la comisión de otro concreto delito terrorista¹⁴⁸⁰. Cabe reconocer que ello, formalmente, es así, si bien no materialmente. La interpretación de estas conductas como actos preparatorios elevados a

¹⁴⁷⁷ En este sentido, CANO PAÑOS, *Revista de Derecho constitucional europeo*, N°27, 2017, pág. 217.

¹⁴⁷⁸ En este sentido: LÓPEZ ORTEGA/ALCOCEBA GIL, en: JUANATEY DORADO/SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES (Dir.), *Derechos del condenado y necesidad de pena*, 2018, pág. 101.

¹⁴⁷⁹ POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, págs. 224 y 248, señala que la estructura de estos delitos se aproxima más a la naturaleza de un instrumento de índole policial para rastrear y detectar, en fases prematuras de peligro, gérmenes de extremismos ideológicos violentos. En concreto, los delitos de autoadiestramiento (y autoadoctrinamiento) son aptos para el perfil del agente encubierto informático. En sentido similar he argumentado al referirme a la suspensión del secreto de las comunicaciones para supuestos de terrorismo. Ver *supra*: El art. 18.3 de la Constitución y el secreto de las comunicaciones.

¹⁴⁸⁰ GALÁN MUÑOZ, *RDPC*, N°15, 2016, págs. 111 y ss. También: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Penal Comentado*, 2015, pág. 775; CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma*, 2015, pág. 60.

la categoría de delitos es mayoritaria pues permite restringir más el tipo, en el sentido de que no cabría penar su tentativa en consonancia con el principio de lesividad y de fragmentariedad¹⁴⁸¹. Mucha doctrina señala que más propiamente son actos preparatorios de otros actos preparatorios¹⁴⁸², utilizando algunos autores los términos de actos preparatorios¹⁴⁸³, preactos preparatorios¹⁴⁸⁴ o actos protopreparatorios para alguna de las conductas. También utiliza estos términos la jurisprudencia¹⁴⁸⁵. El TS ha considerado que, aunque esta forma preparatoria del autoadoctrinamiento dispone de autonomía, ello no transforma su naturaleza de acto protopreparatorio¹⁴⁸⁶, de mera voluntad “cuasimanifestada”, es decir, muy incipientemente manifestada¹⁴⁸⁷. En mi opinión, conviene ser cautelosos con la utilización de este tipo de términos que actualmente no tienen un desarrollo importante en la dogmática penal, pues podrían acabar legitimando estas categorías a base de utilizarlas asiduamente.

Sea como fuere, el castigo de conductas tan desconectadas de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (bien definido) se sitúa muy lejos de lo que generalmente es legítimo tipificar. Se trata de conductas, como ya se ha dicho, *sui generis* en la clasificación dogmática. No solo no constituyen una tentativa (que fija el límite general de lo punible), sino que tampoco representan actos preparatorios punibles (conspiración, provocación y proposición), que tradicionalmente habían sido castigados por el peligro que representa involucrar a terceros en un plan delictivo por el peligro que supone para el bien jurídico¹⁴⁸⁸, y cuyo castigo solo debería ser legitimado de forma excepcional¹⁴⁸⁹. Son conductas que se posicionan aún más atrás, por lo que se encuentran muy alejadas de

¹⁴⁸¹ Ampliamente sobre esta exégesis: ALONSO RIMO, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, págs. 215-260. También de esta opinión: CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, págs. 927-928; GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, pág. 1907; CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, págs. 228-229.

¹⁴⁸² PÉREZ CEPEDA, en: PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, pág. 27; NÚÑEZ CASTAÑO, en: GONZÁLEZ CANO, *Integración europea y justicia penal*, 2018, pág. 268.

¹⁴⁸³ CANCIO MELIÁ, en: CUERDA RIEZU, *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 56.

¹⁴⁸⁴ CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma*, 2015, pág. 60.

¹⁴⁸⁵ STS 354/2017, 17 de mayo, FJ 2; STS 734/2017, de 15 de noviembre, FJ 3.

¹⁴⁸⁶ STS 661/2017, de 10 de octubre, FJ 6, apunta que el art. 575 incrimina “un acto protopreparatorio y eventualmente un acto preparatorio de un acto preparatorio”.

¹⁴⁸⁷ STS 354/2017, de 17 de mayo, FJ 2.

¹⁴⁸⁸ GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, pág. 1909. Sobre ello, en general: BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, págs. 99 y ss.

¹⁴⁸⁹ BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, págs. 134 y ss.; BARBER BURUSCO, *CPC*, Nº116, 2015, pág. 70, sobre delitos de terrorismo específicamente.

la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos (bien definidos)¹⁴⁹⁰, y en consecuencia son ciertamente difíciles de conjugar con el principio de lesividad¹⁴⁹¹. Solo podrían conectarse estas conductas con el peligro a bienes jurídicos etéreos e indefinidos, que, como ya he señalado en repetidas ocasiones en este trabajo, no deben ser admitidos por un Derecho penal respetuoso con el principio de lesividad. Debo recordar que lo que se castiga es el aprendizaje para la capacitación, es decir, no se castiga al que ya se ha adoctrinado o adiestrado y entonces está “listo” para cometer delitos de terrorismo propiamente dichos. Por supuesto, en caso de que el sujeto esté adoctrinado o adiestrado “completamente”, también entraría en el tipo penal, y se estaría castigando de igual forma a aquella persona que está adoctrinada o adiestrada que a aquella que, aun con la finalidad de capacitarse, tiene simplemente materiales de adiestramiento o adoctrinamiento en casa y ni siquiera los ha leído, o se está adoctrinando para capacitarse para cometer otro delito materialmente preparatorio¹⁴⁹².

En cuanto a las concretas previsiones delictivas del art. 575.2, las declaraciones anteriores se vuelven aún más transparentes. Estos delitos, ya por su nomenclatura, consisten en una acción puramente individual. Así lo ha reconocido ya la jurisprudencia refiriéndose a este mismo tipo penal¹⁴⁹³: “Dado que el delito se puede consumir, (...), desde el acceso a aquellos específicos contenidos o por la mera adquisición o posesión de los citados documentos, (...) cabe hablar de lo que viene conociéndose como adelantamiento de las barreras punitivas mediante la incriminación de actos preparatorios

¹⁴⁹⁰ Consideran que este tipo carece de bien jurídico protegido: LLOBET ANGLÍ, en: PÉREZ CEPEDA (Dir.)/RUIZ ARIAS (Ed.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo*, 2017, pág. 100; LÓPEZ ORTEGA/ALCOCEBA GIL, en: JUANATEY DORADO/SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES (Dir.), *Derechos del condenado y necesidad de pena*, 2018, pág. 101 (refiriéndose al autoadoctrinamiento terrorista); GONZÁLEZ VAZ, *El delito de autocapacitación terrorista*, 2021, pág. 93 (refiriéndose al art. 575.2 CP); MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 24ª ed., 2022, págs. 895-896 (refiriéndose al art. 575.2 CP).

¹⁴⁹¹ En este sentido: CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, págs. 927-928; GALÁN MUÑOZ, *RDPC*, N°15, 2016, pág. 112; PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, pág. 243. POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, pág. 234, señala, respecto del adiestramiento pasivo, que en realidad no configura una figura preparatoria autónoma, sino un *injusto autónomo* que se legitima en sí mismo, dificultando establecer criterios objetivos de peligrosidad y ofensividad del bien jurídico que cualifica el terrorismo.

¹⁴⁹² Es curiosa, en este sentido, la argumentación que realiza la SAN 9/2022, de 4 de marzo, que condena a un sujeto por autoadoctrinamiento porque entiende que se da un peligro concreto e inminente de que viaje a Turquía (otro delito, materialmente preparatorio, ver *infra*: Los combatientes terroristas extranjeros y los retornados: la criminalización de los viajes con fines terroristas): “resulta clara la subsunción de los hechos en el tipo penal del art. 575.2 CP, (...) pues el acusado, (...), se auto-capacitó para llevarlos a cabo él mismo, mediante la recopilación y almacenaje de información no solo referente a cuestiones religiosas, sino sobre el entrenamiento de los muyahidines y ejecutores de acciones suicidas, y el montaje de armas y fabricación de explosivos y coches bomba; *creando así un peligro no solo concreto, sino inminente, pues, según manifestó, se estaba preparando para realizar un viaje a Turquía*”.

¹⁴⁹³ STS 354/2017, de 17 mayo, FJ 2; STS 734/2017, de 15 de noviembre, FJ 3.

(de la capacidad) individuales”. Entiende el TS que se puede hablar incluso de actos protopreparatorios, pues la capacidad preparada también ha de vincularse inescindiblemente a una ulterior ejecución de delitos de terrorismo, sin cuya vinculación la autocapacitación sería atípica. Para el Tribunal el delito se entenderá cometido *solamente si se puede constatar que ha existido un efectivo peligro o riesgo del bien jurídico que tutelan los delitos de terrorismo*, pero reconoce a su vez que, si ello no está exento de dificultades cuando se trata del adiestramiento en capacidades operativas, constituye una labor más ardua aun cuando la conducta enjuiciada no rebasa la esfera del autoadoctrinamiento, pues en ese caso la línea que separa la conducta típica de la de mera ilustración penalmente irrelevante es bien delgada¹⁴⁹⁴. En primer lugar, no se refiere a un peligro o riesgo de comisión de otros delitos de terrorismo, sino que se refiere al efectivo peligro o riesgo del bien jurídico que tutelan los delitos de terrorismo¹⁴⁹⁵.

En mi opinión, el art. 575.2 va más allá, pues no solo incluye conductas anteriores a los actos preparatorios realizadas por sujetos individuales, sino que podrían representar delitos de sospecha¹⁴⁹⁶, o, con cita literaria y yendo aún más lejos, el castigo por la comisión del *orwelliano* crimen de pensamiento¹⁴⁹⁷. Los delitos de sospecha incorporan, explícita o implícitamente, presunciones o elementos supuestos, y es, a partir de ellos, de los que surge la “sospecha” de una determinada intención del autor de la conducta. El objetivo común de las presunciones propias de los delitos de sospecha es el encubrimiento de la dificultad (o la imposibilidad) de prueba del elemento subjetivo requerido que surge en la investigación o en el propio proceso penal. De este modo, se instrumentaliza el Derecho penal sustantivo con el fin de solucionar problemas de persecución procesal, orden público o seguridad, eludiendo mediante la ley penal, garantías probatorias inherentes a la presunción de inocencia¹⁴⁹⁸. Al hilo de lo anterior, cree CANCIO MELIÁ

¹⁴⁹⁴ STS 734/2017, de 15 de noviembre, FJ 3.

¹⁴⁹⁵ Ello, como sabemos, no es una cuestión sencilla de desentrañar. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4; STS ROJ: 10214/1993, de 25 de enero, FJ 3) entienden los delitos de terrorismo como pluriofensivos. Además de bienes jurídicos individuales, los delitos de terrorismo protegen otros bienes jurídicos colectivos, que no están pacíficamente identificados.

¹⁴⁹⁶ También los consideran así: SERRA CRISTÓBAL/GÓRRIZ ROYO, *Cuadernos de estrategia*, Nº188, 2017, págs. 159-160; también GÓRRIZ ROYO, *RECPC*, Nº22, 2020, pág. 31; GARCÍA RIVAS, en: PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, págs. 98-99 (refiriéndose al autoadoctrinamiento); BOLDOVA PASAMAR, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pág. 695; MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 24ª ed., 2022, pág. 895.

¹⁴⁹⁷ TERRADILLOS BASOCO, *Nuevo Foro Penal*, Nº87, 2016, pág. 48; NÚÑEZ CASTAÑO, en: GONZÁLEZ CANO, *Integración europea y justicia penal*, 2018, pág. 269.

¹⁴⁹⁸ Esta caracterización de los delitos de sospecha ha sido tomada de: GÓRRIZ ROYO, *TEORDER*, Nº14, 2013, págs. 208 y ss.

que quizás lo que le interesa al legislador no es tanto poder alcanzar una condena ante un tribunal de justicia, sino hacer uso de la facultad de detener e impulsar un proceso penal (con las posibilidades extraordinarias que ofrecen las reglas procesales y de competencia especiales en materia antiterrorista) contra determinadas personas¹⁴⁹⁹.

El legislador pretendió solventar los problemas probatorios que se daban en las conductas de autocalificación a través de la introducción de dos presunciones en el art. 575.2.2º y 3º CP¹⁵⁰⁰. He señalado anteriormente que la AN justifica políticamente la existencia de un delito de estas características, pero añade algo más de vital importancia. Según este Tribunal, “la acción penal no puede estar relegada en su actuación a que se produzcan actos de colaboración concretos, sino que debe desplegar sus efectos en estas fases de preparación, adiestramiento y autoadocctrinamiento que la experiencia demuestra que, *siempre y en todo caso, van dirigidos a la definitiva perpetración de delitos más graves*; en definitiva como delito de mera actividad, se considera que la antijuricidad de la actividad en sí misma está justificada por el alto grado de peligrosidad, de igual manera que se castiga la tenencia de armas sin licencia, ¿no es también un adelanto de la punición?; la tenencia de un arma sin la autorización administrativa del Estado se considera objetiva e intrínsecamente peligrosa, y ¿por qué no, el autoadocctrinamiento de una persona en una ideología patógena que está orientada a la aniquilación del adversario?”¹⁵⁰¹. Dejando a un lado que equipara las conductas de preparación con las conductas de adiestramiento y autoadocctrinamiento, realizar una presunción con este tenor literal “*siempre y en todo caso, van dirigidos a la definitiva perpetración de delitos más graves*” es reconocer sin reparos que se está ante un delito de sospecha: el que se adocctrina o se adiestra tiene como finalidad cometer, sin lugar a duda, delitos de terrorismo ulteriormente. Este tipo de consideraciones no son propias del Derecho penal del hecho sino de un Derecho de autor. Ello se apoya en que el legislador

¹⁴⁹⁹ CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2020, n.m. 18995.

¹⁵⁰⁰ Y ello se ha reconocido sin reparos. Así, por ejemplo, la Enmienda N°877, promovida por el Grupo Popular, que introducía los delitos de autoadocctrinamiento y adiestramiento pasivo en su versión primigenia, tenía como justificación lo siguiente: “Se tipifica la ‘recepción’ de entrenamiento (adiestramiento pasivo). La regulación incluye la recepción de adiestramiento por cualquier vía, incluido internet, y *se desvincula de la intención de cometer un delito posteriormente, para evitar problemas probatorios (...)*” (BOCG de 10 de diciembre de 2014, págs. 579-580. Consulta: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF#page=1 (último acceso 19/03/2023)). Estas consideraciones no pueden causar sino estupor en quien las lee, y no solo por el reconocimiento de la evitación de los problemas de prueba, sino por la alegada desvinculación de la intención de cometer un delito posteriormente; si la intención posterior no es ya ni la de cometer un delito cualquiera, ¿entonces dónde está la lesividad de la conducta?

¹⁵⁰¹ SAN 3/2017, de 17 de enero, FJ 2; SAN 15/2018, de 21 de diciembre, FJ 4. Cursivas añadidas.

ha dejado bien claro el terrorismo al que se dirigen las medidas: el terrorismo de corte yihadista, relacionado con una determinada interpretación de la religión islámica¹⁵⁰². Aunque la parte dispositiva de las normas europeas o el tipo penal español no den cuenta de la concreta ideología a la que van dirigidos, un conjunto de indicadores apoya esta tesis: el Pacto Antiyihadista¹⁵⁰³; el Preámbulo de la LO 2/2015¹⁵⁰⁴; la aplicación *de facto* de algunos delitos de terrorismo únicamente al terrorismo yihadista y no a otros tipos de terrorismo¹⁵⁰⁵; la creación de legislaciones casuísticas, como serían los delitos de viaje con fines terroristas (que sea introdujeron por las personas que viajaban a Siria e Irak)¹⁵⁰⁶ o este mismo que analizo ahora; o la referencia jurisprudencial ya no al terrorismo yihadista, lo que es entendible porque enjuicia casos concretos, sino a la religión musulmana¹⁵⁰⁷. Con esto último, hay que ser extremadamente cautelosos. No es adecuado conectar el terrorismo con la religión islámica en general. Como señala MOTILLA DE LA CALLE “es extraordinariamente simplista, cuando no falso, pensar que los más de mil millones de personas que comparten la fe musulmana actúan como un bloque homogéneo (...) Se trata de una religión dividida en multitud de doctrinas, corrientes y escuelas”. Y es que hay una cierta tendencia en Europa a creer que todos los países de mayoría

¹⁵⁰² Eso sí, cabe reconocer que el legislador español dejó una pequeña parcela de la reforma al desaparecido terrorismo de ETA (con los desórdenes públicos terroristas) y al fenómeno independentista de Cataluña (con los delitos de rebelión y sedición terrorista).

¹⁵⁰³ Ese es su título informal, pero hace referencia al yihadismo en su texto: “la grave y real amenaza del *terrorismo yihadista*, a la que ningún país puede permanecer ajeno, sean cuales seas sus manifestaciones o sus formas de actuación, incluyendo los *actores solitarios* y los *combatientes terroristas retornados*”; “urgía a los Estados a realizar las modificaciones legislativas necesarias para poder procesar y condenar a los *combatientes retornados* y a los *lobos o actores solitarios*”.

¹⁵⁰⁴ “El terrorismo internacional de *corte yihadista* se caracteriza, precisamente, por haber incorporado esas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o *adoctrinamiento en el odio*, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su *ideario extremista y violento*, sean calificados como enemigos”; “*líderes carismáticos* que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un *mensaje de extrema crueldad* que pretende provocar terror en la población o en parte de ella y *realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados*”; “tras su *radicalización y adoctrinamiento*, intenten perpetrar ataques contra los objetivos señalados, incluyendo atentados suicidas”; “No menos importante es el fenómeno de los *combatientes terroristas desplazados* que deciden unirse a las filas de las organizaciones terroristas internacionales o de sus filiales en alguno de los *escenarios de conflicto bélico en que los yihadistas están participando*”.

¹⁵⁰⁵ Ello lo ha reconocido también la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE, que señala que algunos delitos como la provocación al terrorismo o los viajes con fines terroristas solo se aplican al terrorismo yihadista, y no a otros tipos de terrorismo. En su investigación ha observado que la asociación de una persona con una religión o creencia puede aumentar en la práctica su probabilidad de ser objeto de investigaciones penales y otras medidas. Esto se debe a que las políticas antiterroristas se concentran predominantemente en el yihadismo, y el enfoque subyacente de la Directiva y su transposición ha sido la cuestión de los combatientes terroristas extranjeros (FRA, Directive (EU) 2017/541, on combating terrorism, impact on fundamental rights and freedoms, 2021, págs. 9 y 38).

¹⁵⁰⁶ Ver *infra*: Los combatientes terroristas extranjeros y los retornados: la criminalización de los viajes con fines terroristas.

¹⁵⁰⁷ Lo hace el TS, por ejemplo, en su STS 114/2014, de 20 de febrero, FJ 2.

musulmana tienen las mismas características, sin tener en cuenta las grandes diferencias que podemos encontrar de un extremo a otro de Asia o de África¹⁵⁰⁸. El terrorismo con inspiración en el yihadismo se inspira en las ideas de la doctrina salafista, que es una de las muchas corrientes interpretativas del islam. Muchas de las conexiones generalizadas que se realizan desde distintos ámbitos, sobre todo políticos y mediáticos, entre islam y terrorismo, fomentan el odio y la islamofobia.

De hecho, en este sentido, los instrumentos internacionales son más cautelosos, y, aunque sí se refieren al fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros (piedra angular de todas las modificaciones a partir de 2015, como veremos), no mencionan el terrorismo yihadista específicamente¹⁵⁰⁹, sino todo lo contrario, hacen menciones al terrorismo “en todas sus formas”, o incluso incluyen cláusulas del tenor siguiente: “el terrorismo no puede ni debe asociarse con ninguna religión, nacionalidad o civilización”¹⁵¹⁰. Se sobreentiende a qué fenómenos específicos considerados terroristas obedecen sus previsiones, pero, por lo menos, se cuidan de no plasmarlo en sus disposiciones, mostrando así, al menos, una apariencia de neutralidad en el sentido de que las medidas no son aplicables o no van dirigidas al terrorismo de un específico signo.

1.7. El principio de proporcionalidad de las penas

Cabe apuntar otra problemática que tiene que ver con el principio de proporcionalidad de las penas. El legislador ha incluido en el mismo precepto y con idénticos efectos penológicos, conductas cuya lesividad difiere. Esto último ya ha sido puesto de manifiesto por parte de la jurisprudencia, señalando el TS que “extraña en

¹⁵⁰⁸ MOTILLA DE LA CALLE, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, N°9, 2011, pág. 11.

¹⁵⁰⁹ Cabe señalar una excepción. La Propuesta de Directiva de 2015 (UE, COM(2015) 625 final, Propuesta de Directiva, 2 de diciembre de 2015, pág. 18), es diáfana en este sentido. Al describir qué debe entenderse por “provocación terrorista”, ejemplifica como sigue: el enaltecimiento de los *terroristas suicidas*, el llamamiento a la adhesión a una *yihad violenta*, las invitaciones directas a la *matanza de infieles*, la justificación del terrorismo o la *difusión de mensajes o imágenes de asesinatos brutales* (...). Estas específicas alusiones, se eliminaron en el texto definitivo.

¹⁵¹⁰ MOTILLA DE LA CALLE, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, N°9, 2011, págs. 11 y 16, señala que, aun reconociendo el problema, mundial y europeo, que representan los movimientos islamistas (entiende por tales los movimientos políticos que utilizan la religión, en su versión más conservadora, para legitimar la imposición de sus postulados) al constituir su objetivo político y religioso el establecimiento de un Estado islámico y la entronización de la *Sharia* como ley suprema, representa una postura constante de las instituciones europeas subrayar la pluralidad de tendencias y ramificaciones que dividen a los más de mil millones de creyentes de una religión que se organiza en grupos autónomos unidos por lazos nacionales, doctrinales o étnicos y alejada, por tanto, de cualquier estructura jerárquica. De ahí que se remarque singularmente la diferencia entre el islam como religión universal y el islamismo de ciertos grupos o países.

primer lugar, la equiparación punitiva en conductas de tan diferencial riesgo, entre las referidas al adiestramiento (...); con la mera formación ideológica”¹⁵¹¹. Se equiparan conductas tales como el aprendizaje de una doctrina salafista con el aprendizaje de la preparación de un explosivo, por ejemplo. Es palmario que el sujeto que recibe instrucción militar o de combate, o en la preparación de toda la amalgama de armas que menciona el precepto, estará mejor capacitado para cometer ulteriores delitos de terrorismo propiamente dichos y podrá llegar a ser más peligroso que el que únicamente ha aprendido doctrinas. Dejando a un lado, por supuesto, que quizás la persona que es adiestrada tampoco llegue al grado de peligrosidad que sería exigible para proceder a su castigo como delincuente por encontrarse fuera de los actos preparatorios punibles, y solo pudiera motivar, en su caso, una acción previa investigadora.

1.8. La inocuización de los individuos y de las ideas

También late detrás del art. 575.1 y 2 el entendimiento de determinadas ideas o doctrinas¹⁵¹² como peligrosas, clasificándose al sujeto que las abraza como un sujeto peligroso. El legislador confunde, aquí de la forma más burda, al radical con el terrorista¹⁵¹³. Traigo a colación una pregunta que formula GALÁN MUÑOZ, que condensa muy bien la realidad de este precepto: “¿Realmente estas figuras castigan al sujeto por el todavía muy lejano y difuso peligro que genera su conducta capacitadora para el amplio e indeterminado conjunto de bienes jurídicos a los que podría llegar a afectar con su futura actuación o, en realidad, lo que sucede es que su creación ha dejado al margen la valoración de tales parámetros tradicionalmente delimitadores, al tiempo que legitimadores, de la intervención penal y de su intensidad (bien jurídico, lesividad, etc.), para sustituirlos por el mucho más cuestionable y criticable referido a la peligrosidad subjetiva que, como señala algún autor alemán, presentan quienes, como los que se plantean ser terroristas, se salen al hacerlo de los márgenes de seguridad cognitiva (...) y, precisamente por ello, pasan a ser considerados como enemigos o meras fuentes de peligro que hay que inocuizar y neutralizar a cualquier precio?”¹⁵¹⁴. No es el único que piensa que más bien estamos ante la segunda opción. De hecho, alguna doctrina entiende que el castigo de estos delitos tiene una finalidad más parecida a la de las medidas de

¹⁵¹¹ STS 354/2017, de 17 mayo, FJ 2.

¹⁵¹² De características muy concretas.

¹⁵¹³ PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, 2017, pág. 22.

¹⁵¹⁴ GALÁN MUÑOZ, *RDPC*, N°15, 2016, págs. 113-114.

seguridad predelictuales que a la de una pena¹⁵¹⁵. Constituye, entonces, un ejemplo más de la deriva inocuidadora del Derecho penal a la que me refería en la parte más general de esta obra, y un intento por silenciar ciertos discursos muy específicos a través del Derecho penal, no siendo este el instrumento jurídico más adecuado para ello.

Toda la argumentación anterior sobre la tendencia inocuidadora se ve respaldada, además, por una reciente práctica de la AN para con los imputados por delitos de autoadoctrinamiento. El Tribunal central opta por la expulsión del territorio sin juicio de personas consideradas como yihadistas radicalizadas ante la dificultad probatoria del delito de autoadoctrinamiento. La base legal para ello se encuentra en el art. 57.7 de la Ley de Extranjería¹⁵¹⁶, que permite al órgano judicial autorizar la expulsión de un investigado por delitos que no superen los seis años de prisión. Según ha declarado el Magistrado de la AN Velasco Núñez ante medios de comunicación, la renuncia a la vía penal para dar prioridad a la expulsión de los autoadoctrinados es una forma de proceder cada vez más frecuente con la que se consigue expulsar del país a sujetos que, presuntamente, suponen una amenaza potencial a la seguridad nacional: “en ocasiones, esta es una solución más práctica y eficaz que una eventual pena de prisión; hemos de pensar que son penas cortas, y que el paso por prisión de estas personas, en su mayoría chicos jóvenes, no suele conducir a una rehabilitación exitosa sino a una mayor radicalización”. Es una vía legal que se utiliza porque, y se dice sin tapujos, se ha constatado que los casos de autoadoctrinamiento a menudo acaban en absoluciones o en condenas que son revocadas en segunda instancia: “es un delito que tiene una prueba difícil, porque no basta con que una persona curioseee o estudie cierto contenido, hay que demostrar la finalidad”. Por otro lado, el papel de las autoridades policiales en estos supuestos es clave, pues los procesos administrativos de expulsión los tramita la Secretaría de Estado de Seguridad. El Ministerio del Interior ha declarado ante medios de comunicación que esta vía se pone en marcha solo en supuestos excepcionales, y niega cualquier cambio de criterio en la aplicación de la previsión del art. 57.7 de la Ley de

¹⁵¹⁵ LLOBET ANGLÍ, en: PÉREZ CEPEDA (Dir.)/RUIZ ARIAS (Ed.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo*, 2017, pág. 100; ALONSO RIMO, *Estudios penales y criminológicos*, N°38, 2018, págs. 481 y ss. De la misma opinión: PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, pág. 243.

¹⁵¹⁶ “Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación. (...)”.

Extranjería¹⁵¹⁷. Ello no es cierto, y así lo demuestra el elevado número de recursos de apelación que se han interpuesto ante la AN por estas expulsiones en 2022¹⁵¹⁸. Todos ellos, por cierto, han sido desestimados.

A pesar de las críticas que puede suscitar la previsión legal en sí de este tipo de expulsiones, que no son pertinentes tratar aquí, sí cabe tachar de vulneradora de derechos fundamentales la práctica que están consolidando el Ministerio del Interior y la AN. Es buena muestra de la deriva hacia el Derecho penal de autor y preventivo a la que me he referido en este epígrafe y a lo largo de la obra. Se trata del máximo exponente de la tendencia a la inoquización del sujeto, pues esta vez se le excluye de la sociedad en la que vive sin ni siquiera contar con una sentencia condenatoria. Si los delitos del art. 575.2 CP suponen ya una extralimitación del Derecho penal por ser delitos de sospecha, imponer una medida tan grave como la expulsión de un territorio por ser sospechoso de un delito de sospecha es inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho. Todo lo anterior choca frontalmente con la presunción de inocencia, pues se activa el procedimiento de expulsión, simple y llanamente, por la dificultad que supone probar el delito en sede judicial. Si la expulsión anticipada por autoadestramiento y autoadocinamiento se convierte en una práctica consolidada por las autoridades, como se está demostrando, las personas a las que se les aplique van a tener muy pocas opciones reales de librarse de ella, por lo que *de facto* se estará afectando sin duda a su derecho a la tutela judicial efectiva. Al hilo de esto, una última apreciación. Las autoridades españolas deberían actuar con cautela y estudiar cada supuesto de forma específica, pues si la medida se vuelve automática, cabría la posibilidad de expulsar del territorio a

¹⁵¹⁷ “La Audiencia Nacional opta por la expulsión sin juicio de los yihadistas radicalizados”, *El País*, 10 de septiembre de 2022, consulta: <https://elpais.com/espana/catalunya/2022-09-10/la-audiencia-nacional-opta-por-la-expulsion-sin-juicio-de-los-radicalizados.html> (último acceso 19/03/2023).

¹⁵¹⁸ AAN 4/2022, de 14 de enero; AAN 31/2022, de 28 de enero; AAN 322/2022, de 5 de julio; AAN 363/2022, de 7 de julio; AAN 348/2022, de 8 de julio; AAN 350/2022, de 8 de julio; AAN 357/2022, de 11 de julio; AAN 358/2022, de 11 de julio. Algunas noticias de prensa sobre estos supuestos: “Detenido un supuesto yihadista autoadocinado con la intención de atentar en Cataluña”, *El País*, 5 de septiembre de 2022, consulta: <https://elpais.com/espana/catalunya/2022-09-05/detenido-un-supuesto-yihadista-autoadocinado-con-la-intencion-de-atentar-en-cataluna.html>; “Expulsado de España un preso por montar una célula yihadista en Palma”, *Última Hora*, 20 de enero de 2022, consulta: <https://www.ultimahora.es/noticias/local/2022/01/20/1690615/expulsado-espana-presos-por-montar-celula-yihadista-palma-1.html>; “Expulsado de España el imán de Sant Antoni detenido por apoyar al Daesh”, *Diario de Ibiza*, 6 de noviembre de 2018, consulta: <https://www.diariodeibiza.es/ibiza/2018/11/06/expulsado-espana-iman-sant-antoni-29841162.html> (último acceso 19/03/2023).

personas que en su país de origen tienen riesgo de sufrir torturas por su condición de “radicales”. El TEDH ya ha condenado a Francia por ello¹⁵¹⁹.

1.9. A modo de conclusión: ¿cabe una interpretación acorde con la Constitución?

Tanto la doctrina¹⁵²⁰ como el propio TS han destacado la necesidad de interpretar restrictivamente el precepto para posibilitar su subsistencia sin quebranto del derecho a

¹⁵¹⁹ STEDH 1348/21, Caso W. contra Francia, de 30 de noviembre de 2022. El Tribunal de Estrasburgo ha condenado a Francia por la expulsión consumada de un terrorista checheno a Rusia y por el intento de expulsión de otro sujeto, sospechoso de estar vinculado al terrorismo yihadista. El TEDH condena al país galo al considerar que en ambos casos las autoridades francesas no tuvieron en cuenta el riesgo de que esas personas, que habían sido refugiados, fueran objeto de torturas o de malos tratos (art. 3 CEDH) al ser expulsados a Rusia, pues las autoridades rusas estaban al tanto de las relaciones de los dos sujetos con el terrorismo (una de ellas, no probada).

¹⁵²⁰ GONZÁLEZ VAZ, *El delito de autocapacitación terrorista*, 2021, págs. 93 y ss., primero señala que las conductas del art. 575.2 CP “bien podrían constituir (y de hecho así es) una manifestación del propio derecho a la libertad de pensamiento, ya que el sujeto aún no ha decidido ‘pasar a la acción’, aún se encuentra en la fase interna, en la de radicalización que por muy desaprobada que este por la población sigue siendo un pensamiento”. Se pregunta la autora a qué responde entonces la norma, y concluye que, desde luego, no a la protección de un bien jurídico, sino que trata de preservar la misma vigencia de la norma, y la califica como Derecho penal del enemigo. Entonces, se plantea la autora la derogación sin condiciones del precepto, por contravenir los principios del Derecho penal garantista, así como por la infracción de numerosos derechos fundamentales y libertades públicas. Aunque poco después, señala que, aunque la derogación del art. 575.2 CP sería lo deseable, es igualmente utópica: “teniendo en mente el contexto social e internacional actual la derogación del delito de autoadoctrinamiento conllevaría muchos inconvenientes”. Por una parte, señala que el delito de autoadoctrinamiento terrorista desde marzo de 2017 viene ‘recomendado’ en la Directiva 2017/541. Ello no es técnicamente así, pues ya he comprobado en el texto cómo en ninguno de los instrumentos internacionales sobre terrorismo se menciona el adoctrinamiento pasivo ni el autoadoctrinamiento. Por otra parte, dice la autora, “la alarma social al respecto ya ha sido propagada, instalándose en lo más profundo de la conciencia social general”, por lo que “la derogación del precepto acarrearía un incremento de la alarma social, seguido de una gran pérdida de confianza en el sistema, riesgo que los actuales dirigentes no están dispuestos a asumir”. Entonces, entiende que lo más adecuado es tratar de hacer convivir ambos sistemas por medio de una interpretación restrictiva del precepto: “el sentido de seguridad ciudadana debe ser interpretado en el contexto del art. 575.2 CP de una forma muy limitada, de modo que exclusivamente se podrá aceptar cuando realmente exista una *certeza* de que se producirá un riesgo o una lesión de la misma por parte del sujeto autoadoctrinado. Es decir, solo se podría aceptar un riesgo para la seguridad jurídica cuando, teniendo en cuenta el grado de convicción del radicalizado haya expresado o manifestado de forma inequívoca que ha decidido pasar a la acción” (en el sentido de la STS 503/2008, de 17 de julio, FJ Preliminar, antes citado, que se refería al delito de colaboración). A mi juicio la autora se contradice en su argumentación. Primero, admite que el precepto debe ser derogado por encarnar un ejemplo de Derecho penal del enemigo, pero seguidamente lo rechaza por la alarma social que podría causar su eventual derogación y porque es una idea utópica. Comparto la afirmación de que su derogación es una idea utópica, pero ello no puede excluir que no es admisible mantener en el ordenamiento normas que son inconstitucionales. En el texto de sus tesis, que lleva el mismo título, sostiene que el delito de autoadoctrinamiento, en la medida que queda dentro de la libertad ideológica en su vertiente interna, provoca que se pueda invocar el ejercicio de un derecho de forma legítima capaz de justificar la comisión de la “radicalización” o “adoctrinamiento”, por lo que la conducta que se describe en el art. 575.2 CP interpretada conforme a la doctrina del TS, quedaría justificada por el art. 20.7 CP. CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, págs. 847-848, por su parte, también se propone realizar una interpretación del precepto acorde a la CE. Se vulnerarían derechos y garantías básicas si se interpreta que basta con la mera adhesión ideológica a los fines criminales que persiguen los grupos terroristas o se entiende el precepto como una suerte de presunción *iuris tantum* que permite castigar por el

la libertad ideológica y el derecho a la información¹⁵²¹. Y ello es una solución loable de *lege lata*, pero en ningún caso es la óptima, pues, a mi juicio, estamos ante un precepto inconstitucional, político criminalmente innecesario y dogmáticamente desconfigurado. Y es que no surgen únicamente problemas cuando se obvia el elemento subjetivo o no se aprecia que la conducta es realmente peligrosa, sino que el precepto suscita otras tantas cuestiones que he intentado poner de manifiesto. Si una norma es inconstitucional, debe ser desterrada del ordenamiento jurídico. Las interpretaciones restrictivas pueden servir mientras tanto, pero, dados los variados métodos de interpretación, mientras la norma esté vigente, se podrá interpretar por el operador jurídico de otra forma mientras el tenor literal lo permita, como de hecho ocurre. Los primeros pronunciamientos de la AN sobre este delito contenían interpretaciones claramente vulneradoras de principios del Derecho penal y de derechos fundamentales, como ya he tenido ocasión de exponer anteriormente. Las posteriores, aunque son más cuidadosas con el requisito subjetivo, no constatan “*que ha existido un efectivo peligro o riesgo del bien jurídico que tutelan los delitos de terrorismo*”¹⁵²² (aunque ello, por supuesto, tampoco tiene por qué implicar necesariamente una restricción real del tipo penal, pues dependerá de qué se entienda por bien jurídico tutelado por los delitos de terrorismo).

Si la práctica jurídica común pasa a ser la de redactar ampliamente los tipos penales y la de sobredimensionar el número de delitos, para que después la doctrina o la jurisprudencia (en el mejor de los casos) tengan que restringir su interpretación, lo único

mero hecho de adquirir, tener en su poder o acceder de manera habitual a contenidos apologéticos de los grupos terroristas o a material de capacitación. Frente a lo anterior, se impone realizar una interpretación conforme con la CE que, en primer lugar, exija la idoneidad de las conductas para lograr el objetivo de adoctrinar (o adoctrinarse) y/o adiestrar (o autoadiestrarse), esto es, de “inculcar a alguien determinadas ideas o creencias” y “hacer diestro, enseñar, instruir”, respectivamente. La única interpretación constitucionalmente admisible obliga a entender que lo castigado son conductas peligrosas y no sujetos peligrosos o pertenecientes a un grupo de riesgo. Por tanto, esa labor de adoctrinamiento y/o adiestramiento debe implicar un peligro cierto (aunque sea abstracto) de que el sujeto se incorpore a una organización terrorista o colabore con ella; es decir, se castiga la conducta de quien, inmerso en un proceso de radicalización/adiestramiento, ha decidido pasar a la acción y se está preparando para delinquir de manera idónea a tal fin. Por último, la autora quiere dejar sentada la obviedad de que el peligro debe ser probado por quien lo alega y que el derecho a la presunción de inocencia obliga a excluir cualquier interpretación de estos que los convierta en delitos de sospecha, esto es, que incorpore presunciones de peligro. Es por lo que, por ejemplo, el acceso a determinados contenidos o la posesión de materiales y documentos, cualquiera que sea su contenido, no basta para probar que el sujeto que los consultaba había decidido pasar a la acción y servirse de ellos para delinquir. En otra obra, CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, pág. 188, aunque reconoce que una interpretación conforme a la CE es posible en el art. 575.2 (y en los arts. 577.2 y 579 CE), entiende que ello no implica que sean opciones político criminalmente acertadas.

¹⁵²¹ Puede verse: STS 354/2017, de 17 de mayo.

¹⁵²² STS 734/2017, de 15 de noviembre, FJ 3.

que se demuestra es una nefasta forma de legislar¹⁵²³ abocada a la vulneración de derechos fundamentales.

La aceptación en el ordenamiento de preceptos de este tipo, aunque sean interpretados restrictivamente, supone consentir el cambio de paradigma securitario que he descrito en otro lugar de esta obra¹⁵²⁴, que comienza con el terrorismo y con otros fenómenos delictivos complejos, pero que impregnará otros ámbitos del Derecho penal.

No debemos olvidar, además, que las investigaciones sobre delitos de terrorismo, también las referidas al art. 575 CP, facultan la activación de la suspensión de derechos fundamentales (art. 55.2 CE), y pueden llevar aparejada la incomunicación y la medida cautelar de prisión provisional. De las suspensiones de derechos fundamentales únicamente se libran los delitos de enaltecimiento del terrorismo por imperativo de la STC 199/1987, de 16 de diciembre, lo que debería hacerse extensible, en mi opinión, también a los delitos del art. 575.1 y 2 CP.

Por todas las razones expuestas arriba, desde aquí se aboga por la derogación del art. 575.1 y 2 CP. Haciéndome cargo de que se trata de una posición muy alejada de la realidad político-criminal imperante, cabría admitir una opción más moderada, que implicara la sola previsión de la recepción del adiestramiento. Eso sí, eliminando el elemento subjetivo del tipo “con la finalidad de capacitarse” y sustituyéndolo por que el adiestramiento esté dirigido o tenga la finalidad de cometer delitos de terrorismo en sentido estricto. Esto es, los delitos del art. 573.1 CP (con las modificaciones que para él he propuesto en otro lugar de esta tesis¹⁵²⁵), lo que sustituiría, de paso, la referencia general que realiza el art. 575 a que el elemento subjetivo pueda abarcar todos los delitos del Capítulo. Esto que propongo no es nada extraño, es lo que prevén, simple y llanamente, los artículos “homólogos” europeos (art. 8 de la Directiva 541/2017 y art. 3 del Protocolo Adicional). Añadiría, además, la necesidad de constatar que exista un riesgo de comisión.

¹⁵²³ Este fenómeno, también es trasladable, como más tarde se pondrá de manifiesto, al analizar el art. 578 CP, para el que también se ha intentado dar una interpretación que lo haga conforme a la CE (ver *infra*: La libertad de expresión y el enaltecimiento y justificación del terrorismo).

¹⁵²⁴ Ver *supra*: Tendencias actuales del Derecho y del proceso penal: la seguridad como criterio rector y la “relajación” o supresión de algunos principios.

¹⁵²⁵ Ver *supra*: Conclusiones provisionales y propuestas de *lege ferenda*.

2. La captación, el adiestramiento y el adoctrinamiento activos

La dimensión activa de las conductas analizadas en el epígrafe anterior (adoctrinamiento y adiestramiento) y la captación tienen su ubicación jurídico penal en el art. 577.2 CP, dentro de los conocidos como delitos de colaboración terrorista. Para poder tratar el citado delito con mejor criterio, conviene realizar una introducción sobre algunas cuestiones comunes a los delitos de colaboración terrorista¹⁵²⁶, pues en algunos puntos las conductas de adiestramiento y adoctrinamiento activo y de captación se alejan de las características de los delitos de colaboración, y porque su clasificación dogmática es compleja y plantea problemas concursales difíciles de resolver.

2.1. Consideraciones generales sobre los delitos de colaboración terrorista

El primer apartado del art. 577 CP castiga con penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses a aquellos que lleven a cabo, recaben o faciliten cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquier delito de terrorismo. El precepto contempla a continuación una ejemplificación de cuáles pueden considerarse actos de colaboración, y enumera como tales: la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y, (por si ello no bastara) “cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda”. Se trata de un mal entendimiento por parte del legislador de la exigencia de taxatividad¹⁵²⁷, aunque el TC haya admitido esta técnica legislativa para este delito¹⁵²⁸.

¹⁵²⁶ Sobre los delitos de colaboración, puede verse: NÚÑEZ CASTAÑO, *Los delitos de colaboración*, 2013, *passim*.

¹⁵²⁷ CORCOY BIDASOLO, *Revista de Derechos Fundamentales*, N°8, 2012, pág. 55.

¹⁵²⁸ En su STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 30, tratando el delito de colaboración del CP anterior, señaló que es una constante en el Derecho comparado la previsión de tipos poco específicos de colaboración o apoyo a grupos terroristas, para, de ese modo, no dejar ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista. Ese coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, solo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas.

Estas conductas, expresa NÚÑEZ CASTAÑO, las tipifica el legislador con el objetivo de cubrir “presuntas” lagunas de punición que existían en los delitos de terrorismo. Por ello, su inclusión en el CP se justifica porque, de lo contrario, estos comportamientos “solo” podrían ser inculcados como formas de participación cuando estuvieran en relación con actos concretos de terrorismo¹⁵²⁹. En mi opinión, esta desviación de las reglas dogmáticas generales, por supuesto, supone otra exacerbación más de la respuesta jurídico penal al terrorismo¹⁵³⁰.

Se trata de un delito de mera actividad, independiente de que la colaboración haya sido o no efectivamente útil para la organización, grupo o elemento terrorista.

El sujeto activo del delito solo podrá serlo aquella persona que no pertenece a la organización o grupo. Según la jurisprudencia del TS, el art. 577 CP “exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista”¹⁵³¹. Una interpretación distinta conduciría a una confusión con el delito de organización o grupo terrorista¹⁵³² (art. 572, que castiga a aquellos que dirijan, promuevan, organicen o constituyan una organización o grupo terrorista, y a aquellos que participen activamente o formen parte), que absorbería las conductas de colaboración por el principio de consunción (art. 8.3 CP). La apreciación de ambos delitos (art. 572 y 577 CP) vulneraría el principio *non bis in idem*. Según el TS, lo determinante en este delito no es la cualidad subjetiva de ser miembro de una organización terrorista sino el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto¹⁵³³.

Al hilo de lo anterior, también es importante señalar que la colaboración debe estar relacionada con las actividades o las finalidades de la organización, grupo o elemento terrorista y favorecerlas materialmente, no solo ideológicamente. No es punible el apoyo o respaldo moral, sino que se precisa una actuación de colaboración en las actividades terroristas¹⁵³⁴. NÚÑEZ CASTAÑO, sin embargo, señala que la cláusula “cualquier otra

¹⁵²⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, *Los delitos de colaboración*, 2013, pág. 134.

¹⁵³⁰ Una exacerbación que no es en absoluto nueva. Ya se puso de manifiesto por el Parlamento Vasco en su recurso de inconstitucionalidad a la LO 9/1984, resuelto por la STC 199/1987, de 16 de diciembre. El Parlamento recurrente señalaba que en el art. 9 de la LO 9/1984 se preveían acciones que podían ser calificadas de constitutivas de encubrimiento, complicidad, inducción o cooperación necesaria, que, si bien eran configuradas como un delito penal autónomo, extendiendo así su ámbito de aplicación de forma extraordinaria y utilizando términos imprecisos que facilitan una aplicación expansiva de la ley (Antecedente 8).

¹⁵³¹ STS 789/2014, de 2 de diciembre, FJ 3; STS 65/2019, de 7 de febrero, FJ 7 y 10.

¹⁵³² MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 2021, 23ª ed., págs. 869-870.

¹⁵³³ STS 789/2014, de 2 de diciembre, FJ 3; STS 65/2019, de 7 de febrero, FJ 10.

¹⁵³⁴ MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 2021, 23ª ed., pág. 869. En este sentido, la STS 503/2008, de 17 de julio, FJ Preliminar: “No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o

forma equivalente de cooperación o ayuda”¹⁵³⁵ puede abrir la puerta a la consideración como delictivas de conductas que solo representan un favorecimiento ideológico¹⁵³⁶. En mi opinión dicha cláusula no debe interpretarse así, pues la “equivalencia” deberá exigir asimismo materialidad. Con esta cláusula, está tipificando por analogía delitos de colaboración, y por ello en ningún caso cabrán aquellas que impliquen favorecimiento ideológico. De otro modo, el principio del hecho y el derecho a la libertad ideológica quedarían vulnerados. Y puede decirse más, pues, de hecho, el delito de colaboración terrorista es ajeno a que el sujeto activo muestre una adhesión con los objetivos políticos o ideológicos perseguidos por la asociación criminal, y así lo ha declarado el TS¹⁵³⁷. Así, el precepto se limitaría a “proteger que la agrupación terrorista pueda verse aventajada o asistida en el desarrollo de sus métodos violentos, de suerte que el solo conocimiento de que la acción desplegada puede posibilitar, favorecer o contribuir a alterar gravemente la paz pública, atemorizando a los habitantes de una población o a un colectivo social, satisface la esencia de la protección penal”¹⁵³⁸.

Las formas de colaboración con organizaciones o grupos terroristas se contemplaban antes de 2015 en el art. 576 CP¹⁵³⁹. Se preveían ampliamente las conductas típicas del delito de colaboración, las cuales se mantienen en sus términos fundamentales en el actual art. 577. En otros aspectos del precepto, sin embargo, sí se han producido reformas de calado. En primer lugar, la redacción de 2015 amplía los sujetos que reciben los actos de colaboración, e incluye entre ellos al “elemento terrorista”, que deberá entenderse como el “terrorista individual”, al mencionar el precepto previa y separadamente a la organización y al grupo terrorista¹⁵⁴⁰. Utiliza la misma nomenclatura que la CE en el art. 55.2 CE, por lo que me remito a lo dicho sobre el “elemento terrorista”

que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción”.

¹⁵³⁵ O, en su redacción anterior: “y, en general, *cualquier otra forma equivalente* de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género (...)”.

¹⁵³⁶ NÚÑEZ CASTAÑO, *Los delitos de colaboración*, 2013, pág. 152.

¹⁵³⁷ Entre otras: STS 13/2018, de 16 de enero, FJ 2; STS 65/2019, de 7 de febrero, FJ 7.

¹⁵³⁸ STS 65/2019, de 7 de febrero, FJ 7. En este sentido, también: CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, págs. 232-233; LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, págs. 340-341.

¹⁵³⁹ La modificación legislativa de 2010 trajo consigo la ampliación de los actos de colaboración, apoyándose en la obligación de incorporar al ordenamiento penal lo dispuesto en la DM 2008/919/JAI. Así lo recogía el Preámbulo de la reforma: “De conformidad con la pauta marcada por la citada DM, (...) se amplía el concepto de colaboración con organización o grupo terrorista, asimilándoles conductas que hasta el presente han planteado algunas dificultades de encaje legal: así se ofrece la oportuna respuesta punitiva a la actuación de los grupos o células –e incluso de las conductas individuales– que tienen por objeto la captación, el adoctrinamiento, el adiestramiento o la formación de terroristas”.

¹⁵⁴⁰ De esta opinión y más ampliamente: GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, pág. 1922.

en la parte del trabajo que analiza los destinatarios de la citada norma constitucional¹⁵⁴¹. La previsión del “elemento terrorista” plantea problemas a la hora de justificar político criminalmente el delito de colaboración, pues, como ya se ha dicho, su razón de ser radicaba en el apoyo o la facilitación de las actividades de la agrupación criminal terrorista. Como señala PASTRANA SÁNCHEZ, la colaboración con un simple elemento terrorista, tal y como está configurado actualmente el art. 577 CP, significa penalizar cualquier forma de ayuda, en unos términos tan genéricos (pues no puede considerarse coautoría o complicidad¹⁵⁴²) que difícilmente pueden ser compatibles con las exigencias derivadas de los límites al *ius puniendi* en nuestro modelo de Estado¹⁵⁴³. En segundo lugar, la reforma de 2015 ha amplificado el elemento finalista de las conductas colaborativas. Las conductas no solo deben servir o favorecer las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista, ahora también pueden serlo “para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo”.

En otros aspectos, como ya he indicado, el precepto se mantiene en sus términos anteriores, planteando serias cuestiones constitucionales. No aprovechó el legislador la oportunidad en 2015 para modificar la fórmula abierta “cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda”, que resulta difícilmente compatible con el principio de legalidad¹⁵⁴⁴. Tampoco ha aprovechado las sucesivas reformas para solventar los problemas que plantea desde el punto de vista de la proporcionalidad, pues este precepto equipara penológicamente conductas muy distintas entre sí y que presentan diferente gravedad, y así lo reconoció ya hace años nuestro TC en la importante STC 136/1999, de 20 de julio. La STS 2/1997, de 29 de noviembre, condenó a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna a siete años de prisión como autores de un delito de colaboración con banda armada (del art. 174 bis a) del anterior CP), por haber pretendido, en periodo de campaña electoral, emitir unos videos y unas cuñas radiofónicas que transmitían mensajes de ETA. El TC resolvió el recurso de amparo que los condenados interpusieron contra la STS, y declaró vulnerado el principio de legalidad en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de las penas desproporcionadas, pues el

¹⁵⁴¹ Ver *supra*: Los destinatarios son “personas determinadas, relacionadas con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

¹⁵⁴² Según el art. 577.1 CP *in fine*, se considerará coautoría o complicidad, según los casos, si se produjera la lesión de cualquiera de estos bienes jurídicos.

¹⁵⁴³ PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, pág. 252.

¹⁵⁴⁴ En este sentido, también: CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, pág. 936; CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2022, n.m. 19014; MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 2021, 23ª ed., pág. 869.

delito de colaboración terrorista contemplaba una previsión penológica mínima muy elevada, que había conducido a la imposición de una pena que no guardaba proporción con las singulares circunstancias del caso¹⁵⁴⁵. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ apunta a la posibilidad de reconducir la constitucionalidad de los delitos de colaboración a través de la vía art. 579 bis 4 CP¹⁵⁴⁶, que faculta al juez para imponer la pena inferior en uno o dos grados cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

La colaboración que castiga el art. 577 CP es genérica, pues no está vinculada a una actividad delictiva concreta, sino que consiste en la facilitación o apoyo genérico a la organización, grupo o “elemento” terrorista. Si el apoyo material se concreta en una determinada conducta delictiva, la colaboración cede ante la coautoría o la complicidad¹⁵⁴⁷.

Las modalidades del art. 577.1 son dolosas, en ellas es necesario que la conducta mediante la que se colabora se vea acompañada del correspondiente conocimiento y voluntad de colaborar con la organización o con el elemento terrorista. No basta con la idoneidad y potencial eficacia de los actos de favorecimiento de las actividades y fines, es necesario también que exista una específica y preeminente intención de ayudar,

¹⁵⁴⁵ Ello también ha suscitado problemas constitucionales en Alemania. Ya he apuntado en otro lugar de este trabajo (ver n.p. 1413) que Alemania incluyó en 2009 tanto el adiestramiento pasivo como el activo en su § 89a (2) 1 StGB. Ese artículo castiga a quien “*instruya a otra persona* o permita que otra persona le instruya en la fabricación o en el manejo de armas de fuego, explosivos, dispositivos explosivos o incendiarios, combustibles nuclear u otras sustancias radiactivas, sustancias que contengan o puedan producir veneno, otras sustancias nocivas para la salud, dispositivos especiales necesarios para la comisión del delito o en otras habilidades que sirvan para la comisión de uno de los delitos mencionados en el apartado 1”, siempre con la intención de preparar un acto violento y grave que ponga en peligro al Estado, y lo castiga con penas de prisión de seis meses a diez años. Esta grave penalidad ha planteado problemas constitucionales, pues la mera preparación de un delito de terrorismo no se corresponde proporcionalmente con la pena (ver bibliografía citada en la n.p. 1398). Aunque es cierto que la situación española supone una trasgresión aún más manifiesta del principio de proporcionalidad de las penas, pues la horquilla penal comienza en los cinco años de prisión. En 2009, la misma ley de reforma del StGB incluyó el § 91 StGB, cuya conducta típica consiste en diseminar instrucciones escritas para la comisión de un acto grave de violencia que ponga en peligro al Estado, textualmente, castiga a quien: “1. *promueva o ponga a disposición de otra persona contenidos que puedan servir de instrucción para la comisión de un acto grave de violencia que ponga en peligro al Estado* (§ 89a, apartado 1), si las circunstancias de su difusión pueden promover o fomentar la disposición de otros para cometer un acto grave de violencia que ponga en peligro al Estado; (...)”.

¹⁵⁴⁶ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en: CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO (Coord.), *Protección jurídica*, 2016, pág. 126 y n.p. 198.

¹⁵⁴⁷ CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 2008, pág. 132; NÚÑEZ CASTAÑO, *Los delitos de colaboración*, 2013, pág. 145; CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2022, n.m. 19012.

contribuir o beneficiar las actividades o fines de la organización o del elemento terrorista¹⁵⁴⁸.

Aunque también, el apartado 3 del art. 577 CP prevé desde 2015 la posibilidad de cometer el delito de colaboración terrorista por imprudencia grave¹⁵⁴⁹, lo que anteriormente nunca se había previsto¹⁵⁵⁰. Ello tiene como consecuencia, en mi opinión, la ampliación desmesurada de los posibles sujetos a los que podría aplicarse el delito de colaboración (un delito que ya de por sí, no diferenciaba entre las categorías dogmáticas de la autoría y la participación)¹⁵⁵¹.

A pesar de que el estudio de los anteriores delitos de colaboración no va a ser objeto de mayor estudio en esta tesis, sí cabe señalar, con PAREDES CASTAÑÓN, la necesidad de su reforma, acotándolo tanto desde un punto de vista objetivo (excluyendo expresamente del mismo conductas permitidas, limitando la tipicidad al favorecimiento de auténticas organizaciones criminales con fines políticos e introduciendo la exigencia de conexión causal directa entre la actividad de colaboración y las actividades delictivas, o de preparación de delitos, de la organización) como subjetivo (exigiendo, al menos, dolo de peligro respecto del resultado lesivo)¹⁵⁵².

¹⁵⁴⁸ CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2022, n.m. 19030; CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 854.

¹⁵⁴⁹ “Si la colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista, o en la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, *se hubiera producido por imprudencia grave* se impondrá la pena de prisión de seis a dieciocho meses y multa de seis a doce meses”.

¹⁵⁵⁰ Sí se había previsto la posibilidad de cometer el delito de financiación del terrorismo por imprudencia. El art. 576.4 CP (anterior art. 576 bis 2, introducido por la LO 5/2010) castiga a quien, estando específicamente sujeto por la ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, *por imprudencia grave* en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado 1 (“será castigado [...] el que, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo”). Pueden esgrimirse las mismas críticas a este precepto que las realizadas en el texto, y añadir que ninguno de los instrumentos internacionales relativos a la financiación del terrorismo prevén su comisión por imprudencia, pues siempre dejan clara la necesidad de comisión “deliberada”.

¹⁵⁵¹ Sobre la colaboración terrorista imprudente, pueden verse, de forma más amplia: GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, págs. 1929 y ss.; PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, págs. 253 y ss.

¹⁵⁵² PAREDES CASTAÑÓN, *Anatomía do Crime*, N°4, 2016, pág. 42.

2.2. El art. 577.2 CP: la captación, el adiestramiento y el adoctrinamiento activos

Realizadas estas consideraciones generales, paso al análisis de los delitos de captación, adiestramiento y adoctrinamiento activos.

2.2.1. Las normas europeas y la transposición española

La DM 2008/919/JAI exhortaba a los Estados miembros a incluir en sus legislaciones internas los actos dolosos de captación de terroristas y el adiestramiento de terroristas. A efectos de la DM, se entiende por: “captación de terroristas”: la *petición* a otra persona para que cometa cualesquiera de los delitos enumerados en el art. 1.1, letras a) a h), o en el art. 2.2; y por “adiestramiento de terroristas”: impartir instrucciones sobre la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre otros métodos o técnicas específicos, con el fin de cometer cualesquiera de los delitos enumerados en el art. 1.1, letras a) a h), a sabiendas de que las enseñanzas impartidas se utilizarán para dichos fines.

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa de 2005, prevé en su art. 6 el “reclutamiento con fines terroristas”, y lo describe como el hecho de *incitar* a otra persona a cometer o participar en la comisión de delitos terroristas, o a unirse a una asociación o a un grupo para contribuir a que estos cometan uno o varios delitos terroristas. En su art. 7, también incluye el “adiestramiento con fines terroristas”, que consiste en dar instrucciones para la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o para otros métodos y técnicas específicos con vistas a cometer delitos terroristas o a contribuir a su comisión, sabiendo que la formación facilitada tiene por objeto servir para la realización de tales objetivos. En ambos casos, no es necesario que las personas a las que se pide o incita para que cometan un delito de terrorismo o colaboren en su comisión o para que se unan a una asociación o grupo, lo hagan efectivamente¹⁵⁵³.

Siguiendo las directrices marcadas por la DM 2008/919/JAI, el legislador español amplió en 2010 los actos de colaboración con organización o grupo terrorista, añadiendo las conductas de captación, adoctrinamiento, adiestramiento y formación, dirigidas a la

¹⁵⁵³ Consejo de Europa, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, de 16 de mayo de 2005, párr. 112; UE, COM(2015) 625 final, Propuesta de Directiva, 2 de diciembre de 2015, pág. 18.

incorporación de otros a una organización o grupo terrorista o a la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo (entonces, en el art. 576.3 CP). Según el legislador, estas conductas tenían un difícil encaje legal hasta el momento, a pesar de la cláusula abierta que contenía el art. 576.2 *in fine* en su redacción de 1995: “y, en general, *cualquier otra forma equivalente* de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”, que siguió vigente tras la reforma de 2010¹⁵⁵⁴.

En 2015, las anteriores conductas colaborativas se reubican en el art. 577.2 CP, y se modifica la redacción del tipo en los siguientes términos: “cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, *que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar* a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo”. Además, se añaden dos nuevos incisos. Un 2º inciso, que impone las mismas penas a quienes “faciliten adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del art. 573¹⁵⁵⁵, con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello”. Y un inciso 3º, que añade la siguiente agravación: se impondrán las penas en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, cuando los actos de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, se hubieran dirigido a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito (sin perjuicio de imponer las que además procedan por los delitos cometidos contra la libertad sexual). Con esta agravación se pretende hacer frente a dos fenómenos. En primer lugar, a la radicalización de menores de edad, sobre todo adolescentes, que, debido a su vulnerabilidad, pueden verse seducidos

¹⁵⁵⁴ Es por lo que LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos*, 1ª ed., 2016, pág. 997, considera que “esta incriminación resulta perfectamente innecesaria”; y en la misma línea, CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2020, n.m. 19016: “Esta adición resulta innecesaria, redundante y perturbadora”. También: NÚÑEZ CASTAÑO, *Los delitos de colaboración*, 2013, pág. 235; GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, págs. 1927-1928.

¹⁵⁵⁵ Recordamos: “cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías”.

por el discurso terrorista¹⁵⁵⁶. Así, la Directiva 2017/541 menciona este fenómeno en su Considerando (19), si bien señala que puede no suponer necesariamente una agravación en la condena, y que debe quedar a discreción del órgano judicial. Con respecto a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, poco puedo decir, pues su previsión en la agravación carece de justificación político criminal clara. Y, en segundo lugar, a la práctica de captación de mujeres y su posterior viaje o traslado al extranjero con el objetivo de explotarlas sexualmente y de contraer matrimonio con personas pertenecientes a organizaciones yihadistas¹⁵⁵⁷, generalmente al Estado Islámico. Esta última agravación se introdujo en el trámite de enmiendas¹⁵⁵⁸, y, aunque puede pasar desapercibida, tiene serias implicaciones, pues se trata de una circunstancia agravante motivada por un fenómeno que se da generalmente en escenarios de conflicto bélico, como podrían ser Siria e Irak en el momento de promulgación de la LO 2/2015. Y ello, como aprecia POMARES CINTAS, puede comprometer la naturaleza de estas conductas de trata como crímenes de guerra o, en su caso, de lesa humanidad; pues este tipo agravado ha filtrado a la legislación penal la naturaleza híbrida que se asigna al terrorismo (yihadista), siendo otra muestra más de la tendencia a extender el concepto de terrorismo a otras esferas delictivas que deben quedar deslindadas¹⁵⁵⁹.

Por supuesto, la Directiva 541/2017, también prevé la captación para el terrorismo en su art. 6, en términos prácticamente idénticos a los de la DM 2008/919/JAI, aunque sustituye el término “petición” por el hecho de “instar” a otra persona. El art. 7 prevé el adiestramiento para el terrorismo igualmente que en la anterior norma vigente.

¹⁵⁵⁶ Sobre ello: CUERDA ARNAU, en: CUERDA ARNAU (Dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Coord.), *Menores y Redes Sociales*, 2016, págs. 466-516; BOLDOVA PASAMAR, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, págs. 677-711.

¹⁵⁵⁷ Sobre este particular fenómeno, POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, págs. 281 y ss.; y, brevemente, *infra*: Los combatientes terroristas extranjeros y los retornados: la criminalización de los viajes con fines terroristas, y, más concretamente, Los casos enjuiciados en España y una consideración de género.

¹⁵⁵⁸ Enmienda N°64 de modificación al art. 577.2 CP promovida por Grupo Parlamentario Popular, el Grupo Parlamentario Socialista y dos Diputados del Grupo Mixto, BOCG de 18 de febrero de 2015, págs. 37-38. Consulta: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/BOCG-10-B-211-3.PDF (último acceso 19/03/2023).

¹⁵⁵⁹ POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, pág. 291. En este sentido, también, CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, pág. 939.

2.2.2. ¿Son la captación, el adiestramiento y adoctrinamiento activo delitos de colaboración terrorista?

A pesar de que el delito de captación, adiestramiento y adoctrinamiento activos está ubicado sistemáticamente dentro del precepto que castiga el delito de colaboración terrorista y como tal se considera, se desmarca de él en algunas de las cuestiones generales que anteriormente se han puesto de manifiesto.

Así, por más que, como se ha dicho, “el delito de colaboración con grupos terroristas sea ajeno a que el sujeto activo muestre una adhesión con los objetivos políticos o ideológicos perseguidos por la asociación criminal, cuando (...) la colaboración precisamente consiste en desplegar un comportamiento idóneo para captar o adoctrinar a terceros, incitándoles a incorporarse a la organización o grupo terrorista, o en adiestrarles para cometer cualquiera de los delitos de terrorismo (...), resulta obligado que el sujeto activo del delito, cuente con el conocimiento de los postulados o de la técnica que se transmite”¹⁵⁶⁰, por lo que generalmente habrá de pasar previamente por un periodo de adiestramiento o adoctrinamiento propio, que, como sabemos, a partir de 2015 también es punible. También difiere en otro aspecto del esquema de los delitos de colaboración. Lo dicho anteriormente sobre los sujetos activos de los delitos de colaboración, es decir, que no pueden pertenecer a la organización o grupo, es en cierto modo incongruente con la previsión de la captación, adoctrinamiento y adiestramiento activos como formas de colaboración terrorista. Es difícilmente imaginable que los captadores/adiestradores/adoctrinadores no pertenezcan a alguna organización o grupo terrorista que les preste apoyo y les marque directrices de actuación¹⁵⁶¹. Como señala MUÑOZ CONDE, precisamente el hecho mismo de dedicarse a estas actividades sería suficiente prueba de pertenencia a la organización o al grupo¹⁵⁶². Cabría imaginar, por ejemplo, la figura del experto en la fabricación de una determinada arma que enseña (adiestra) a otros de forma puntual cómo fabricarla. Pero respecto de las otras dos

¹⁵⁶⁰ STS 13/2018, de 16 de enero, FJ 2.

¹⁵⁶¹ En esta línea, OLMEDO CARDENETE, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Sistema PE*, 4ª ed., 2021, pág. 1598, indica que no resulta descartable que estas actuaciones las desarrollen personas integradas en organizaciones, grupos o *movimientos* terroristas (cursiva añadida); GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, pág. 1928, estas conductas son en principio propias de la condición de los integrantes de una organización o grupo; o CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2020, n.m. 19016, que señala que estas conductas “son, en muchos casos, conductas típicas de los ‘miembros’ de la propia organización, como es lógico -no es común que una organización terrorista encargue esta actividad a personas que no son de su máxima confianza, es decir, que la integran-”.

¹⁵⁶² MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 24ª ed., 2022, págs. 900-901.

conductas típicas, la captación y el adoctrinamiento, creo que la pertenencia a una organización o grupo es inherente a ellas. No obstante, los tribunales sí consideran posible la realización de las anteriores conductas sin pertenecer a la asociación terrorista. Por ejemplo, la SAN 3/2017, de 17 de febrero, condena a un sujeto¹⁵⁶³, cito textualmente, por un delito “de captación y *autoadoctrinamiento*” del art. 577.2 CP, porque captaba a personas, no queda claro para qué organización, si DAESH o Jahbat al Nusra, sin que la AN lo considere como perteneciente a ningún grupo u organización terrorista. El Tribunal central considera que “a pesar de que se encontraba en la última fase de su radicalización y autoadoctrinamiento, no podemos considerar que se hubiera integrado en alguna de las organizaciones terroristas por las que tenía interés, si bien es cierto que solo su oportuna detención impidió la casi segura integración, que parecía más próxima al DAESH, e incluso podría haber dado lugar a alguna acción criminal concreta”. Lo primero que hay que apuntar es que esta sentencia confunde distintos tipos penales. En los fundamentos jurídicos y en el fallo indica que condena por “captación y *autoadoctrinamiento*” pero nada argumenta sobre este último delito en el texto de la sentencia. El delito de autoadoctrinamiento tiene, a partir de 2015 y como ya se ha analizado en esta obra, su lugar específico en el art. 575.2 CP, pero la sentencia ni siquiera menciona este precepto, por lo que se intuye que confunde las conductas de adoctrinamiento activo y autoadoctrinamiento¹⁵⁶⁴. Dejando a un lado la anterior deficiencia técnica, no estoy de acuerdo con la calificación jurídica como captador del sujeto, pues en realidad, lo que argumenta la sentencia tiene más bien que ver con los delitos del art. 575 CP que con los del art. 577.2 CP. La resolución de la AN considera que el acusado ha llegado a la última fase de su radicalización, es decir, a la llamada fase de “solución”, y, siguiendo el ideario de adoctrinamiento yihadista, defiende el uso de la violencia contra los infieles. En esta última fase, dice la sentencia, el acusado estaba a punto de pasar de las ideas y creencias consecuencia del autoadoctrinamiento a la acción, y así se ha acreditado que intenta captar miembros para la actividad terrorista invitando a terceros a acompañarle a Siria, para

¹⁵⁶³ A la pena de ocho años de prisión y multa de veinte meses con una cuota diaria de 10 euros, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho años y a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de catorce años, e impone la medida de libertad vigilada por tiempo de ocho años, y la accesoria legal de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante la condena.

¹⁵⁶⁴ Al hilo de esto, en mi opinión no cabría condenar en ningún caso por el art. 577.2 y por el art. 575.2 CP conjuntamente, pues debe entenderse que quien es capaz de captar, adoctrinar o adiestrar (art. 577.2), es porque antes ha debido recibir (por el mismo o de terceros) ese adoctrinamiento en las ideas que después pretende transmitir, por lo que el delito del art. 577 consumiría lo previsto en el art. 575.2 CP (así también lo ha reconocido la jurisprudencia: ver, por ejemplo, STS 655/2017, de 5 de octubre, que resuelve el recurso a la SAN comentada, o la STS 13/2018, de 16 de enero).

sumarse a la actividad del Estado Islámico o de Jahbat Al-Nusra y les facilita medios de comunicación segura (FJ 1). En este mismo sentido puede citarse otra sentencia, la SAN 39/2016, de 21 de diciembre, que castigó a todos los acusados por delitos de adoctrinamiento activo del art. 577.2 CP, a pesar de que las conductas de, al menos, algunos de ellos, encajan de forma más adecuada en otros tipos penales con consecuencias menos gravosas (de hecho, la sentencia reconoce la disparidad de las conductas de los acusados: “nos hemos referido a la dedicación de los acusados, con diferentes grados de intensidad y responsabilidad, a labores *de difusión de propaganda y búsqueda de adeptos*”). Es cierto que la línea divisoria entre los delitos previstos en el art. 575 y los previstos en el art. 577.2 está muy difuminada, pues, como señala CUERDA ARNAU, lo normal será que quien atraviesa un periodo de autoadoctrinamiento comparta en las redes sus inquietudes, pensamientos, videos, documentos, etc.¹⁵⁶⁵, pero ello no debería ser suficiente para cualificar la conducta como un delito de colaboración terrorista, cuya pena, recuerdo, puede llegar hasta los diez años de prisión. Dada la gravedad de las penas y la amplitud de los tipos, así como su solapamiento con otros tipos penales (no solo con los previstos en el art. 575, sino también fácilmente con los recogidos en los arts. 578 y 579 CP, castigados con penas mucho menores)¹⁵⁶⁶, con la inseguridad jurídica que todo ello conlleva, los tribunales deberían realizar una interpretación restrictiva y no extensiva del precepto, y considerar la subsunción de los hechos en preceptos más adecuados a su gravedad.

Por todo lo señalado, entiendo que su ubicación sistemática no es la correcta.

2.2.3. “Cualquier actividad de captación, adiestramiento o adoctrinamiento”

Se castiga “a quienes lleven a cabo *cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento*, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo [arts. 571-579 CP]”. Aunque se prevén las tres conductas en el mismo precepto y equiparan su pena, sus implicaciones en

¹⁵⁶⁵ CUERDA ARNAU, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, págs. 1408-1409.

¹⁵⁶⁶ También denuncian estos solapamientos: la STS 354/2017, de 17 mayo, FJ 2; NÚÑEZ CASTAÑO, *Los delitos de colaboración*, 2013, pág. 238; CUERDA ARNAU, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, págs. 1408-1409; GARCÍA SÁNCHEZ, *RGDP*, N°35, 2021, [versión sin paginar].

materia de lesividad no son equiparables. Los preceptos europeos de los que emana el art. 577.2 prevén por separado las conductas de reclutamiento de las de adiestramiento (y no prevén el adoctrinamiento). La previsión en un mismo precepto de todas esas conductas dificulta su interpretación de acuerdo con las normas europeas.

Adelanto que me detendré más en la conducta de captación que en las de adiestramiento y adoctrinamiento activos, pues muchas de las consideraciones sobre los últimos que he realizado al tratar el art. 575.1 y 2 CP son trasladables aquí. Ello no ocurre con el delito de captación, que carece de contrapartida pasiva¹⁵⁶⁷. Por otro lado, parece que es una conducta que queda más orillada en el estudio doctrinal y jurisprudencial.

A. *La captación*

La conducta de captar, según la definición gramatical de la RAE, significaría “Atraer a alguien o ganar su voluntad o afecto”. Creo que tanto las normas europeas como la española yerran en un fundamental aspecto, y es que otorgan a las palabras más significado del que realmente tienen. La captación, en mi opinión, si es que debe preverse como tal en el CP, debería limitarse a aquella conducta de instar o pedir a otro integrarse en una organización o grupo, y no debería extenderse a la comisión de cualquier delito de terrorismo. Existe, curiosamente, una entrada en el Diccionario de la RAE que precisamente se refiere a ello: “delito de terrorismo por captación: Pen. Modalidad de delito de terrorismo que consiste en *inducir a la integración en grupos u organizaciones terroristas* a través de cualquier vía de comunicación”.

El tipo penal no da más información, y se refiere únicamente a las actividades de captación dirigidas o que resulten idóneas para incitar a la comisión de delitos de terrorismo o para la incorporación a un grupo u organización. Por ello, es ciertamente difícil de clasificar y de deslindar de otras categorías delictivas, como serían los actos preparatorios punibles (arts. 17 y 18 en conexión con el art. 579.3 CP), del delito de difusión de mensajes o consignas (art. 579.1 CP), del delito de incitación ante una concurrencia de personas o solicitud de comisión de delitos del Capítulo (art. 579.2 CP), o incluso del delito de enaltecimiento con las interpretaciones del mismo realizadas por nuestro TC y por el TEDH. La sobredimensión de delitos de terrorismo del CP español

¹⁵⁶⁷ Ya he señalado que las instancias europeas pusieron de manifiesto los inconvenientes de prever como delito el reclutamiento pasivo (Consejo de Europa, Explanatory Report to the Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, de 22 de octubre de 2015, párr. 31-33).

plantea serios problemas concursales, que tampoco ayudan a resolver las normas europeas en materia de reclutamiento y captación.

Las descripciones de los delitos de “captación” y de “reclutamiento” dadas por las normas europeas transcritas anteriormente, se refieren a la *petición, incitación o instancia* a otra persona para que cometa delitos de terrorismo o se integre en una asociación o grupo terrorista. Tal como se aclara en el Informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa de 2005 y en la Propuesta de Directiva, para que la conducta de captación sea punible es preciso que el captador pida a la persona o personas a ser reclutadas que cometan un delito de terrorismo o colaboren en su comisión o que se unan a una asociación o grupo a tal efecto, con independencia de que los destinatarios de tal petición cometan un delito de terrorismo o se unan finalmente a una asociación o grupo¹⁵⁶⁸. Para que el delito se complete, es necesario que el reclutador se dirija con éxito al destinatario¹⁵⁶⁹.

De ello se desprende que las conductas de captación en las normas europeas, en realidad, estarían describiendo lo que en Derecho penal español se acercaría a los ámbitos dogmáticos de la “inducción no seguida de ejecución”¹⁵⁷⁰ (que, para algunos autores, dará

¹⁵⁶⁸ Consejo de Europa, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, de 16 de mayo de 2005, párr. 109 y 112; UE, COM(2015) 625 final, Propuesta de Directiva, 2 de diciembre de 2015, pág. 18.

¹⁵⁶⁹ Consejo de Europa, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, de 16 de mayo de 2005, párr. 109.

¹⁵⁷⁰ La inducción no seguida de ejecución es denominada con distintos nombres: “tentativa de inducción”, “inducción frustrada” o “inducción intentada”, ello por influjo alemán, que en el § 30 del StGB prevé el castigo de la “*Versuch der Beteiligung*” (“tentativa de participación”). Sobre el uso de esta terminología: MIRA BENAVENT, *Estudios penales y criminológicos*, N°22, 1999-2000, págs. 110-111; BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, págs. 215-217. Hay autores que distinguen entre las distintas denominaciones y otros que las utilizan de forma indistinta (aquí van a utilizarse de forma indistinta). Sobre las distintas posiciones en la clasificación dogmática de la inducción no seguida de ejecución: MIRA BENAVENT, *Estudios penales y criminológicos*, N°22, 1999-2000, págs. 103-152; y, más sintéticamente, BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, págs. 203-206; RAMÓN RIBAS, *RDPC*, N°13, 2004, págs. 359-364; LLABRÉS FUSTER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), *Comentarios a la reforma*, 2ª ed., 2015, págs. 73 y ss.; ALASTUEY DOBÓN, *RDPC*, N°21, 2019, págs. 60-72.

lugar a una proposición) o de la provocación¹⁵⁷¹, pero su clasificación no es clara en absoluto¹⁵⁷².

En general, la doctrina exige para la inducción que el inductor haga surgir o provoque *ex novo* en otro u otros por medios psíquicos o mediante influjo psíquico la resolución de cometer un delito concreto. Se requiere que el inducido o el destinatario de la inducción sea un sujeto concreto (o, al menos, que la inducción vaya dirigida a un círculo de personas individualizable)¹⁵⁷³. Ahí precisamente estribaría la diferencia con la provocación del art. 18 CP¹⁵⁷⁴, que se refiere a una concurrencia indeterminada de personas¹⁵⁷⁵. No es inductor el que incide sobre alguien que ya estaba previamente decidido a cometer el hecho¹⁵⁷⁶. Es decir, si el sujeto ya estaba pensando en integrarse en una organización o grupo terrorista, la persona que capta, o en este supuesto, que induce, no cumpliría los requisitos de la inducción¹⁵⁷⁷. Otro requisito de la inducción es que el delito inducido debe haberse comenzado a ejecutar. Si el hecho no empieza siquiera a ejecutarse estaríamos ante lo que se conoce como una inducción frustrada. En nuestro Derecho las formas de participación solo pueden castigarse en fases anteriores a su consumación en cuanto supongan proposición o provocación para delinquir especialmente penadas (arts. 17.2 y 18 CP)¹⁵⁷⁸. Para algunos autores, la inducción

¹⁵⁷¹ Por otro lado, veremos más adelante que las normas europeas también prevén la provocación pública al terrorismo (Ver *infra*: Las normas europeas: la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo). Adelanto que esas conductas se caracterizan por la difusión pública por cualquier medio de mensajes destinados a *incitar* a la comisión de uno de los delitos enumerados en el art. 3.1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, la comisión de delitos de terrorismo, *generando con ello un riesgo* de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos (art. 5 de la Directiva 541/2017, y art. 5.1 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo de 2005, en términos muy similares). La provocación pública puede ser indirecta, por lo que no coincide exactamente con la provocación del art. 18 CP.

¹⁵⁷² Las mismas dudas se plantea, refiriéndose a la captación: GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, págs. 1928-1929.

¹⁵⁷³ BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, págs. 243-244; MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, pág. 419.

¹⁵⁷⁴ Sobre las diferencias entre la provocación y la inducción: BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, págs. 243-246.

¹⁵⁷⁵ Que debe ser directa, por lo que ahí se separa del concepto europeo de delito de provocación pública al terrorismo.

¹⁵⁷⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, págs. 417-418.

¹⁵⁷⁷ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal PG*, 2022, 11ª ed., pág. 412: “la recomendación o consejo al autor del delito como máximo podría servir para fundamentar la responsabilidad a título de complicidad si se admite la llamada complicidad psíquica o moral y se dan sus requisitos; y como supuestos de complicidad habrán de tratarse también los casos en que el inducido estaba ya resuelto, antes de la inducción, a cometer el delito, en la medida en que la aprobación o el reforzamiento de la idea originaria de cometer el delito en el autor suponga una contribución digna de ser castigada”.

¹⁵⁷⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, págs. 420-421; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal PG*, 2022, 11ª ed., pág. 410.

frustrada daría lugar a una proposición¹⁵⁷⁹. La proposición, según el CP, implica que “el que ha resuelto *cometer* un delito invita a otra u otras personas a participar¹⁵⁸⁰ en él”. Para algunos autores, el término “cometer” puede entenderse, tanto en el sentido de que, adoptada la resolución delictiva, el sujeto decide encargar su ejecución a otro, como también participar él mismo en la ejecución de uno o más delitos para los que está previsto el castigo de la proposición¹⁵⁸¹, y otros que entienden que la proposición solo castiga la inducción frustrada¹⁵⁸². De hecho, este es uno de los ámbitos en los que se movería la captación, que se consuma con independencia de que los destinatarios de la petición cometan o no un delito de terrorismo o se unan o no finalmente a una organización o grupo. Otra doctrina, antes de la reforma de la proposición de 2015 de la que seguidamente me ocupo, entendía, por cuestiones de intervención mínima, que la proposición implicaba un acto preparatorio en el que era preciso que el proponente hubiera resuelto cometer un delito, significando cometer, ejecutar hasta la consumación siendo autor de este e invitando a otra u otras personas a ejecutarlo con él, a ser, por tanto, coautores del delito¹⁵⁸³. De este modo, si el que proponía ejecutar un delito no tenía intención de participar en dicha ejecución, realizaba una proposición no punible (y, por tanto, no podría reconducirse a través de ella la inducción frustrada¹⁵⁸⁴); y lo mismo sucedía si el proponente invitaba simplemente a cooperar, con actos necesarios o no, en la ejecución del delito¹⁵⁸⁵. Con la reforma de la figura de la proposición introducida en 2015, la situación cambia.

Ahora, la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas *a participar en él*, mientras que antes existía cuando el que ha resuelto cometer un delito invitaba a otra u otras personas *a ejecutarlo*. La enmienda

¹⁵⁷⁹ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones PG*, Vol. II, 1999, págs. 261-262; MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, págs. 353-354 y 420-421; MOLINA FERNÁNDEZ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2022, n.m. 2710.

¹⁵⁸⁰ Antes de 2015, la redacción disponía “el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas *a ejecutarlo*”.

¹⁵⁸¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), *EPB*, 2002, págs. 305-306; BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, pág. 206; MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, págs. 353 y 421; MOLINA FERNÁNDEZ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2022, n.m. 2691-2692.

¹⁵⁸² BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones PG*, Vol. II, 1999, págs. 261-262.

¹⁵⁸³ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal PG*, 5ª., 1999, págs. 723-724; RAMÓN RIBAS, *RDPC*, Nº13, 2004, págs. 362; ALASTUEY DOBÓN, *RDPC*, Nº21, 2019, pág. 65.

¹⁵⁸⁴ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal PG*, 5ª., 1999, págs. 723-724; RAMÓN RIBAS, *RDPC*, Nº13, 2004, pág. 362.

¹⁵⁸⁵ RAMÓN RIBAS, *RDPC*, Nº13, 2004, pág. 362. Aunque eso último, era compartido por la mayoría de la doctrina. Ver, por ejemplo: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), *EPB*, 2002, pág. 306; BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, pág. 212.

mediante la que se introdujo esta reforma argüía “se parte de un concepto más amplio en el que se es suficiente la participación en el delito que otro ha resuelto cometer, no siendo necesario que la persona ejecute la conducta delictiva¹⁵⁸⁶. Cabe criticar que una tan importante reforma se haya realizado mediante una enmienda¹⁵⁸⁷, para cuya justificación, además, no se eligieron las palabras más brillantes¹⁵⁸⁸. Para algunos, la discusión doctrinal antedicha no está zanjada con la reforma¹⁵⁸⁹, mientras que otros entienden que con ella se ha dejado claro que solo podrá considerarse y castigarse como proponente al que, estando decidido a cometer (a realizar el hecho) por sí mismo un delito, invita a otros¹⁵⁹⁰. Yo no creo que el legislador lo haya dejado en absoluto claro, y de esta cuestión me ocupo específicamente más adelante, al tratar el delito previsto en el art. 579.2 *in fine*¹⁵⁹¹, que prevé una suerte de proposición para el terrorismo en la que el proponente no ha resuelto a cometer el delito)¹⁵⁹². Obviamente, lo que sí queda fuera de toda duda tras la reforma de 2015 es que a los que se invita no deben entenderse ya únicamente como potenciales coautores, sino que también puede invitarse a personas a intervenir como partícipes¹⁵⁹³. Aquí no se entiende la expresión “participe en él” en su sentido

¹⁵⁸⁶ Enmienda 873, BOCG de 10 de diciembre de 2014, pág. 575. Pueden consultarse en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF#page=1 (último acceso 19/03/2023).

¹⁵⁸⁷ LLABRÉS FUSTER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), *Comentarios a la reforma*, 2ª ed., 2015, pág. 71, lamenta que una modificación que afecta a una cuestión trascendental del sistema penal, como es la del modelo de intervención por el que se opta en el ámbito previo al inicio de la realización del delito, haya tenido lugar de un modo casi furtivo. Ello porque, al haberse incorporado por vía de enmienda, no ha podido ser sometida ni a la evaluación de los órganos competentes ni al escrutinio de la doctrina científica.

¹⁵⁸⁸ BARBER BURUSCO, *CPC*, N°116, 2015, pág. 42, señala que “De la justificación que el legislador aporta para introducir la modificación a través de la enmienda, lo único que puede sacarse en claro es que se pretende ampliar este acto preparatorio. (...) No queda claro a qué persona se refiere, si a la que ha resuelto cometer el delito o a la persona que se invita a participar en él”. Crítico también con esta redacción: LLABRÉS FUSTER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), *Comentarios a la reforma*, 2ª ed., 2015, pág. 82.

¹⁵⁸⁹ BARBER BURUSCO, *CPC*, N°116, 2015, pág. 42; ALASTUEY DOBÓN, *RDPC*, N°21, 2019, pág. 63.

¹⁵⁹⁰ GALÁN MUÑOZ, *RDPC*, N°15, 2016, pág. 116; FERNÁNDEZ GARCÍA, *Revista penal México*, N°21, 2022, pág. 158.

¹⁵⁹¹ “2. La misma pena se impondrá [la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate] 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*”.

¹⁵⁹² Ver *infra*: El art. 579.1 y 2 CP en su redacción de 2015.

¹⁵⁹³ Lo que, como señala MOLINA FERNÁNDEZ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2022, n.m. 2691, es ciertamente discutible para los cómplices, por razones de intervención mínima. Sobre la reforma y la punibilidad sobre las proposiciones a las que se invita a cooperadores necesarios y a cómplices: LLABRÉS FUSTER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), *Comentarios a la reforma*, 2ª ed., 2015, págs. 83 y ss..

técnico, sino que se defiende su sentido amplio, que incluya la posibilidad de intervenir también en coautoría¹⁵⁹⁴.

Realizadas estas consideraciones dogmáticas, vuelvo a la conducta de captación o reclutamiento. Las normas europeas hacen referencia al que *insta, pide o incita* a otro, es decir, a una persona específica, individualizada (alejándose en ese punto de la provocación como acto preparatorio de Derecho español), pero eso sí, no a un delito específico, sino a “cualquiera de los delitos enumerados en el art. 3.1, letras a) a i) [delitos de terrorismo], o en el art. 4 [delitos relacionados con un grupo terrorista]” (alejándose de la figura de la tentativa de inducción que daría lugar, para algunos, a una proposición, o que sería impune, para otros).

Descendiendo al delito de captación en Derecho penal español, el legislador de 2010 eligió una formulación más ajustada a las normas europeas, pues castigaba cualquier actividad de captación, *dirigida a la incorporación* de otros a una organización o grupo terrorista *o a la perpetración* de cualquiera de los delitos previstos en el Capítulo (anterior art. 576.3 CP). En la reforma de 2015, el legislador se decantó por una fórmula más compleja y que repite en otros preceptos: aquellas actividades de captación *dirigidas o que, por su contenido, resulten idóneas para incitar* a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo”.

GARCÍA ALBERO se pregunta, como yo, dónde se ubicaría este delito, y entiende que, o bien se trata de conductas ya calificables, técnicamente, de proposición (incluyendo la inducción fracasada) o provocación al delito, sancionables vía art. 579.3, o de una modalidad *sui generis* de inducción¹⁵⁹⁵. POMARES CINTAS, por su parte, entiende que la fórmula española se correspondería con una proposición, aunque después señala que “trasciende” el ámbito del art. 17.2 CP¹⁵⁹⁶. En cuanto a la provocación, que existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito, que, en este caso, sería la comisión de delitos de terrorismo o la unión a una organización o grupo, faltaría el requisito de que la persona fuera

¹⁵⁹⁴ LLABRÉS FUSTER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), *Comentarios a la reforma*, 2ª ed., 2015, págs. 81-82; BARBER BURUSCO, *CPC*, N°116, 2015, pág. 60 y n.p. 60; MOLINA FERNÁNDEZ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2022, n.m. 2691-2692.

¹⁵⁹⁵ GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, págs. 1928-1929.

¹⁵⁹⁶ POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, págs. 268-269. Sobre la captación, en la misma obra: págs. 263-281.

individualizada, que, aunque no está específicamente recogido en el tipo penal, necesariamente debe concurrir en el delito de captación del art. 577.2 CP, pues si no, no presentaría diferencias con el art. 579.1 CP¹⁵⁹⁷. También faltaría para la provocación que la captación se cometa “directamente”, pues ello ya no lo exige la norma española¹⁵⁹⁸.

La AN también se ha cuestionado esta problemática. Señala que para la conducta de la captación podría explorarse la vía de los actos preparatorios punibles, como la conspiración y la provocación, así como la tentativa como grado de ejecución del delito; pero, en cualquier caso, la nueva redacción del art. 577.2 CP, ya sea por el principio de especialidad o por el de alternatividad (arts. 8.1ª y 4ª CP) nos conduce a subsumir la presente acción criminal en aquel precepto¹⁵⁹⁹.

Con todo lo anterior solo quería poner de manifiesto que la figura de la captación, en realidad, planea sobre los actos preparatorios punibles o sobre alguna forma de participación. De nuevo, es una forma *sui generis* que se desmarca de ellos en algunos puntos, no pudiendo clasificarse de forma pura. Es un ejemplo más en el que se manifiesta que, el legislador, teniendo múltiples vías dogmáticas para reconducir este tipo de conductas, así como otros preceptos vigentes¹⁶⁰⁰, prefiere preverlas por separado, dándoles unas características específicas y muy difíciles de deslindar de otros delitos. En la legislación antiterrorista, como sabemos, esta práctica es una constante.

Todo ello, dejando al margen la consideración hecha más arriba sobre el sujeto activo de la captación, que, en mi opinión, debería de ser considerado integrante y no colaborador, pues sería ciertamente extraño que una persona capte para una organización o grupo del que no forma parte. Estas conductas de captación quedarían consumidas por el delito del art. 572 CP, como funciones de un integrante.

¹⁵⁹⁷ Ver *infra*: La “difusión o propaganda” terrorista y los actos preparatorios punibles de los delitos de terrorismo (*sui generis* y clásicos).

¹⁵⁹⁸ En este sentido, la SAN 15/2018, de 21 de diciembre: “*en el tipo que estamos tratando no se requiere una provocación directa a la comisión de un delito o a la concreta incorporación en una organización terrorista, sino que la actividad sea idónea para poder producir esta provocación. Por ello, podemos concluir que esta incitación al igual que la provocación, que sería una mayor progresión criminal, no es un acto ejecutivo, ni tampoco preparatorio, sino que se sitúa en un estadio anterior, que podemos denominar de ‘pre-participación’ o de preparación para la concreta provocación*”.

¹⁵⁹⁹ SAN 3/2017, de 17 de febrero, FJ 2.

¹⁶⁰⁰ Ello lleva a GARCÍA ALBERO a concluir que no atisba a ver la necesidad político-criminal de la específica incriminación de esta conducta (GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, págs. 1928-1929).

B. El adiestramiento activo

Reitero aquí las consideraciones realizadas más arriba en cuanto al concepto de adiestramiento, si bien cabe añadir algunas cuestiones.

Además de “*cualquier actividad de adiestramiento dirigida y que por su contenido resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo*” (art. 577.2.1º), el art. 577.2.2º CP castiga con las mismas penas “a los que faciliten *adiestramiento o instrucción* sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados *para la comisión de alguno de los delitos del art. 573*, con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello”. Como se desprende de la lectura de preceptos, la segunda previsión es redundante, pues el inciso 1º ya preveía “cualquier actividad de adiestramiento”, lo que, como es obvio, incluye las conductas descritas en el inciso 2º¹⁶⁰¹.

La problemática proviene de una mala técnica legislativa. El legislador de 2010 introdujo, por sus compromisos europeos, los delitos de adiestramiento, adoctrinamiento, captación y formación dirigidos a la comisión de cualquier delito de terrorismo del Capítulo en el art. 576.3 CP. Lo realizó decantándose por una técnica legislativa propia, sin hacer una incorporación literal de las normas europeas. En 2015, sin embargo, mantuvo ese precepto reubicándolo en el art. 577.2¹⁶⁰², añadiendo en su inciso 2º una copia de los delitos de adiestramiento terrorista del Convenio del Consejo de Europa (art. 6) y de la DM 2008/919/JAI (art. 3.1 c)). Estos preceptos europeos, se refieren únicamente al adiestramiento para la comisión de delitos de terrorismo propiamente dichos, y así lo asume el art. 577.2.2º, lo que contrasta con las conductas de adiestramiento, también previstas en su inciso 1º, que tienen como objetivo cualquier delito del Capítulo. En este sentido, CUERDA ARNAU/HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ defienden que la referencia al art. 573 que se realiza en el art. 577.2.2º implica una referencia a todos los delitos de terrorismo (es decir, a todo el Capítulo), habida cuenta de que el apartado 3 del mismo contiene una referencia por la que extiende la condición de delitos de terrorismo a todos los ubicados

¹⁶⁰¹ Ello lo pone de manifiesto CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, pág. 938.

¹⁶⁰² Incorporando algunos ajustes que ya he señalado, pues eliminó la “formación” y sustituyó la fórmula “dirigidas a la incorporación de otros a una organización o grupo terrorista o a la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo”, por la de “que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo”.

en el Capítulo¹⁶⁰³. No comparto exactamente dicha visión, pues, acudiendo a la norma europea de la que ha sido copiada, esta solo se refiere a los delitos de terrorismo propiamente dichos (serían los del art. 573.1). Sea como fuere, esta consideración carece de importancia práctica, pues, recuerdo, el art. 577.2.1º incluye *cualquier* conducta de adiestramiento referida a *cualquier* delito del Capítulo.

Dejando al margen que estas conductas eran perfectamente subsumibles en la cláusula abierta de la redacción anterior y de la vigente, por lo que su tipificación específica es innecesaria, la solución más fácil para remediar estas incongruencias podría pasar por la supresión del inciso 1º del art. 577.2 y el mantenimiento del inciso 2º. Ello, en primer lugar, porque se ajusta más a la realidad. Carece de sentido que una persona instruya a otra en el manejo de, por ejemplo, una ametralladora, para que el aprendiz cometa un delito de enaltecimiento del terrorismo. La conducta de adiestrar tal y como la entienden las normas europeas, podría ser, en mi opinión, la única cuya punición es justificable en términos de peligrosidad objetiva y gravedad, pues se refiere a actos materialmente preparatorios de delitos violentos. Esta tesis también la apoya la interpretación que realiza el Consejo de Europa de la expresión “otras armas” que se recoge en el artículo. Dicha fórmula puede entenderse en el sentido de “arma letal”, tal y como está definida en el art. 1.3 b) del Convenio internacional para la represión de los atentados con bombas: “un arma o dispositivo que está diseñado, o tiene la capacidad de causar la muerte, lesiones corporales graves o daños materiales sustanciales mediante la liberación, diseminación o impacto de productos químicos tóxicos, agentes biológicos o toxinas o sustancias similares o radiaciones o material radiactivo”¹⁶⁰⁴.

C. *El adoctrinamiento activo*

Con el adoctrinamiento activo, es decir, la conducta que realiza aquel sujeto que inculca a otros determinadas ideas o creencias, volvemos a toparnos con los mismos reparos constitucionales puestos sobradamente de manifiesto al tratar los delitos del art. 575.1 y 2 CP. Sobre todo, por la dificultad de deslindar las conductas de adoctrinamiento con el ejercicio del derecho a la libertad ideológica (y religiosa) y la libertad de expresión,

¹⁶⁰³ CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, pág. 244.

¹⁶⁰⁴ Consejo de Europa, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, de 16 de mayo de 2005, párr. 120. En el párr. 121 también realiza una interpretación de lo que podría entenderse por “sustancias nocivas o peligrosas”.

pues, como señala CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, se trata de una “modalidad meramente comunicativa de las conductas de colaboración”¹⁶⁰⁵. El adoctrinamiento deja la puerta abierta, de nuevo, a interpretaciones del delito contrarias al principio del hecho, influenciadas por la ideología, las creencias o la forma de vida del sujeto¹⁶⁰⁶.

Reitero además que carece de respaldo normativo internacional. Al analizar los tipos penales relativos al adoctrinamiento pasivo y al autoadoctrinamiento, ya demostré cómo las citadas conductas no se preveían en ningún instrumento internacional, a pesar de que ello representa una de las justificaciones más frecuentemente aducidas por el legislador español a la hora de acometer reformas penales en materia de terrorismo. Las mismas consideraciones hechas entonces¹⁶⁰⁷ son trasladables a la previsión como delito del adoctrinamiento activo. Ni la Resolución 2178, ni la DM 2008/919/JAI, ni la Directiva 2017/541, ni el Convenio europeo para la prevención del terrorismo de 2005, ni su Protocolo Adicional de 2015 mencionan el adoctrinamiento¹⁶⁰⁸ (sí exhortan, como hemos visto, a la tipificación de actividades de reclutamiento o captación y de adiestramiento activo).

Seguidamente veremos cómo se intenta salvar su constitucionalidad a través de la exégesis. Creo que lo más sensato para respetar los derechos fundamentales sería la supresión de toda referencia al término adoctrinamiento en el CP, pues, aunque su constitucionalidad se intente reconducir a través de interpretaciones jurisprudenciales (que muchas veces añaden al tipo elementos que en absoluto están presentes en su tenor literal), ello no asegura que esas interpretaciones se respeten. Dejando a un lado, por supuesto, que la aceptación de la entrada en el Derecho penal de este tipo de términos (aunque sea intentado darles un significado que no tienen, o añadiéndoles otros requisitos) supone transigir con la política criminal imperante, y contribuye a ir normalizando la expansión del terreno del Derecho penal sobre los derechos fundamentales.

¹⁶⁰⁵ CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio*, 2019, pág. 143.

¹⁶⁰⁶ De esta opinión: NÚÑEZ CASTAÑO, *Los delitos de colaboración*, 2013, pág. 238; MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 2021, 23ª ed., pág. 871.

¹⁶⁰⁷ Ver *supra*: El adiestramiento y el adoctrinamiento pasivo y el “autoadiestramiento” y el “autoadoctrinamiento”.

¹⁶⁰⁸ El StGB, por su parte, tampoco recoge nada sobre el adoctrinamiento: ni activo, ni pasivo, ni mucho menos autoprocuroado por el sujeto.

2.2.4. “Que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar”

El precepto utiliza la misma fórmula que los delitos del art. 575.2 CP. Así, las actividades de captación, adiestramiento y adoctrinamiento deberán estar dirigidas, o, por su contenido, ser idóneas para incitar.

Otra vez, se plantea extremadamente compleja la determinación de cuáles de las ideas “adoctrinadoras” o de los mensajes “captadores”, al ser transmitidos a otros, podrán resultar idóneos para inducir a alguno de sus receptores a cometer algún delito terrorista y cuáles, sin embargo, no serán idóneos para ello y se mantendrán en el ámbito de la atipicidad¹⁶⁰⁹. Esta inseguridad jurídica puede conducir a que los ciudadanos, al igual que ocurre con el resto de los delitos comunicativos de terrorismo (art. 575.1 y 2, art. 578 y art. 579.1 y 2), queden disuadidos de manifestarse en favor de cualquiera de los postulados que defiendan los terroristas (aunque sean simplemente doctrinas), por si la eventual transmisión de los mismos pudiera llegar a considerarse típica, provocando el llamado efecto de desaliento en el ejercicio de derechos fundamentales¹⁶¹⁰.

Me remito a las consideraciones realizadas anteriormente sobre la idoneidad en los delitos de autoadoctrinamiento y autoadiestramiento, que también son compartidas por la jurisprudencia en relación con este precepto¹⁶¹¹. Si bien añade otras consideraciones, que creo conveniente traer a colación.

La AN entiende que en este tipo penal aparece un elemento que viene impuesto por la normativa de carácter internacional que ha dado lugar a su tipificación, en concreto, el de que la conducta debe castigarse cuando *conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas como hipótesis comprobada*, esto es, la idoneidad a la que nos venimos refiriendo no solo debe interpretarse de forma general u objetiva, sino que se debe analizar el caso concreto y determinar si a través de estas idóneas actividades para incitar a la

¹⁶⁰⁹ GALÁN MUÑOZ, *Estudios penales y criminológicos*, N°38, 2018, págs. 257 y 260.

¹⁶¹⁰ GALÁN MUÑOZ, *Estudios penales y criminológicos*, N°38, 2018, pág. 260. Este riesgo, también lo resalta CUERDA ARNAU, en: DE LA CUESTA AGUADO/RUIZ RODRÍGUEZ/ACALE SÁNCHEZ/HAVA GARCÍA (Coord.), *LH Terradillos Basoco*, 2018, págs. 1408-1409.

¹⁶¹¹ La AN señaló su SAN 15/2018, de 21 de diciembre, que el análisis tanto de la actividad en sí misma, como el propósito del autor, es obligado, por lo que en este punto están esencialmente relacionados el elemento objetivo y el subjetivo del tipo. Una interpretación literal el tipo haría parecer que podrían darse actividades que si bien su contenido no es idóneo para conseguir el fin perseguido, el propósito del sujeto “estar dirigido” rellenaría el elemento objetivo convirtiendo la actividad en apta o idónea, y esto no puede admitirse; tampoco lo contrario, esto es, que alguien realice una actividad idónea para tales fines pero el sujeto no es consciente de ello, puesto que el dolo del autor ha de abarcar el conocimiento de tal idoneidad peligrosa de la actividad; afirmación que se ve reforzada por la expresa tipificación de la posibilidad de comisión de estos tipos por imprudencia (art. 577.3 CP).

comisión de delitos terroristas, además de esa general aptitud ha generado riesgo, eso sí, abstracto, puesto que no necesita para su consumación el efectivo reclutamiento o adoctrinamiento. En realidad, las normas europeas no exigen esa generación de riesgo en sus redacciones de los delitos de “reclutamiento” y “adiestramiento” (arts. 6 y 7 respectivamente de la Directiva y del Convenio de 2005), lo exigen en los delitos de provocación pública al terrorismo (art. 5 de ambos instrumentos). Sobre este requisito y su incorporación vía interpretativa al delito de enaltecimiento del terrorismo, me ocupo más adelante¹⁶¹². La AN entiende que el requisito del riesgo fijado por el TEDH y por el TC para con los delitos del art. 578 CP es trasladable aquí. Así, entiende que en este delito se requiere que la idoneidad de la actividad desplegada conlleve ínsita una genérica incitación, aunque fuere indirecta, y la valoración del riesgo de que las personas a las que se pudiera pretender adoctrinar han corrido un riesgo abstracto pero real de que así se haya producido, esto es, riesgo de que las actividades desplegadas fueran claramente idóneas o aptas para haber conseguido el adoctrinamiento perseguido con el fin de que esto sujetos a la prostre acabaran cometiendo delitos terroristas, y ello, sin necesidad de que esto se haya producido, más el hecho de alcanzar alguna de las fases de radicalización antes definidas nos sitúan en una posición óptima para determinar la exigencia de este riesgo abstracto de aptitud por parte de sujeto activo del delito¹⁶¹³.

2.2.5. El tipo subjetivo

Al comenzar el epígrafe sobre los delitos de colaboración apunté que tradicionalmente se ha exigido, para los delitos de colaboración genérica, la intención de favorecer, con las conductas colaborativas, las actividades o los fines de la organización (o elemento terrorista), lo que se extiende al art. 577.2.1º, que tampoco recoge en el tipo un elemento subjetivo.

En cuanto a las conductas del art. 577.2.2º (que recoge la “segunda” conducta de adiestramiento, copiada de las normas internacionales), estoy de acuerdo con CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ cuando indican que las conductas del art. 577.2.1º tampoco requieren un elemento subjetivo en sentido estricto, La referencia a que el sujeto actúe con la intención o con conocimiento de que el adiestramiento o instrucción van a

¹⁶¹² Ver *infra*: Los delitos emparentados con los actos preparatorios punibles.

¹⁶¹³ SAN 15/2018, de 21 de diciembre.

ser utilizados para la comisión de alguno de los delitos del art. 573, es lo que atribuye relevancia penal a comportamientos que, de no concurrir tal intencionalidad, serían conductas neutrales. Ahora bien, ello no va más allá de lo requerido para la apreciación del dolo típico, ya sea en su modalidad directa (“con la intención de”) o en su modalidad eventual (“con conocimiento”)¹⁶¹⁴.

2.2.6. El *iter criminis*: ¿es punible la tentativa? ¿es legítima su punición?

Ya he señalado que el delito de captación y adoctrinamiento y adiestramiento activo no exige la obtención de los resultados perseguidos por el que realiza la conducta típica, es decir, no exige que las personas a las que se ha dirigido se unan efectivamente a una organización o grupo o cometan algún delito de terrorismo.

Hasta ahí todo claro, pero surge la duda de cuándo se consuma el delito.

El TS entiende que se consuma el comportamiento delictivo desde que la actividad se orienta a favorecer un resultado provechoso para los fines terroristas, siempre que la ayuda venga pertrechada de un contenido que, racionalmente, muestre capacidad y eficiencia para lograr el éxito¹⁶¹⁵.

Creo que lo anterior no aporta demasiado. Quizá pueda acudir a los criterios de consumación de una proposición. MOLINA FERNÁNDEZ señala que para la consumación formal del acto preparatorio no es necesario que las personas invitadas acepten la proposición, pero sí es preciso que esta tenga objetivamente la suficiente entidad como para poder convencer a los invitados¹⁶¹⁶. Y añade BARBER BURUSCO que para que exista proposición punible la invitación debe ser completa, debe haber llegado de la manera que fuere a conocimiento del destinatario, comprendiendo este lo comunicado¹⁶¹⁷. Trasladándolo al delito de captación, adiestramiento y adoctrinamiento activos, parece que se consumará cuando los destinatarios de las conductas tengan conocimiento de los mensajes o instrucciones de captación, adoctrinamiento o adiestramiento. Entienden CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ que, puesto que se trata de un delito de simple actividad tal posibilidad de conocimiento podrá darse desde el momento en que dicho contenido estuviera a disposición del receptor¹⁶¹⁸. Si seguimos el requisito defendido por

¹⁶¹⁴ CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, pág. 244.

¹⁶¹⁵ STS 13/2018, de 16 de enero, FJ 3.

¹⁶¹⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2022, n.m. 2696.

¹⁶¹⁷ BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, pág. 217.

¹⁶¹⁸ CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, pág. 248.

BARBER BURUSCO, los destinatarios deberán no solo tener a disposición los contenidos captadores, adoctrinadores o adiestradores, sino que deberán también comprenderlos.

Por otro lado, el Consejo de Europa, cuando interpreta en su Informe explicativo el delito de reclutamiento, señala que para que el delito se complete es necesario que el reclutador se dirija efectivamente al destinatario¹⁶¹⁹. Seguidamente señala que, si la ejecución del delito se inicia, pero no se completa, la conducta es punible como tentativa de reclutamiento en virtud del art. 9.2 del Convenio del Consejo de Europa o del art. 14.3 de la Directiva. Ello es cierto, pero, al poner ejemplos, creo que se contradice: apunta al supuesto de que no se convenza a la persona para ser reclutada, o que el reclutador sea detenido por las autoridades policiales antes de conseguir reclutar a la persona¹⁶²⁰. Si el reclutamiento se consuma al dirigirse a la persona a captar, no se entienden las referencias a la persuasión de la persona.

Dicho esto, cabe sostener que la tentativa es teóricamente posible, sin embargo, al igual que argumenté para el delito del art. 575, cabe abogar por su no punición atendiendo al principio de lesividad¹⁶²¹, aunque así lo recomienden las normas europeas.

2.3. Algunas conclusiones sobre los delitos de captación, adoctrinamiento y adiestramiento activo

Una de las características de los delitos de colaboración es que el sujeto activo del delito es aquella persona que no pertenece a la organización o grupo. Ello se presupone trasladable a los delitos de captación, adoctrinamiento y adiestramiento activos, a pesar de que, sobre todo para la conducta de la captación, si se entiende correctamente, es ciertamente cuestionable.

El legislador español realizó unas muy cuestionables transposiciones al ordenamiento español de las normas europeas en materia de captación y adiestramiento. Previó en un mismo precepto dos delitos que las normas europeas disponían de forma separada, incorporándolos a los delitos de colaboración. Ambas decisiones complicaban una interpretación conforme a las normas europeas ya en 2010, situación que agrava el legislador en 2015. Añade la expresión “o que, por su contenido, resulte idónea”, y hace

¹⁶¹⁹ Consejo de Europa, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, de 16 de mayo de 2005, párr. 109.

¹⁶²⁰ Ibid., párr. 110.

¹⁶²¹ CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, pág. 248; POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, págs. 277-278.

un copipega de los preceptos europeos relativos al adiestramiento en el 577.2.2º, creando discordancias entre los párrafos 1º y 2º del art. 577.2 CP.

Ya he puesto de manifiesto en el texto la inadecuación de la ubicación sistemática de estos delitos.

Ya respecto al delito en sí, cabe resaltar que las tres conductas que prevé el art. 577.2 CP, al igual que las previstas en el art. 575.1 y 2, difieren en contenido lesivo (y lo mismo cabe señalar, por supuesto, de las conductas previstas en el art. 577.1). Aun así, llevan aparejadas unas penas graves e idénticas. Las conclusiones que se arrojaron al referirme a las modalidades del art. 575 CP sobre el principio de lesividad y el de proporcionalidad de las penas, son plenamente trasladables aquí.

La conducta de captar, que no encaja, ni en las normas europeas ni en la española, con el significado que debería tener, que debería ceñirse, en su caso, al reclutamiento de personas para incorporarse a una organización específica, en realidad representa una suerte de conducta a caballo entre los actos preparatorios y la inducción. El adoctrinamiento, en todo caso, sería uno de los instrumentos que utilizaría el captador para atraer a los destinatarios del reclutamiento, por lo que, además de concebirse como algo previo¹⁶²², por su conexión con la libertad ideológica, creo que debería suprimirse del CP toda referencia al adoctrinamiento o a la acción de adoctrinar. Son muchos los peligros que con ello acechan a los derechos fundamentales. El adiestramiento, representa la conducta de las enumeradas más clara en cuanto a su contenido. Ello, dejando al margen lo recién apuntado sobre las discordancias entre los párr. 1º y 2º del art. 577.2 y que la descripción del párr. 2º, si bien sí se corresponde con la realizada por las normas europeas, no se corresponde con la realizada por el legislador español al castigar el adiestramiento pasivo y el autoprocuroado. Sobre esto último vuelvo brevemente más adelante.

En conclusión, creo que una solución pasaría por sacar estos delitos del art. 577 y reubicarlos en otro artículo, para evitar discordancias con los delitos de colaboración. La conducta de captar, tal y como la entienden los textos europeos y el CP español, creo que podría bien reconducirse por medio de los variopintos actos preparatorios que para el

¹⁶²² La STS 13/2018, de 16 de enero, los reconoce: “(...) unos de los procederes que el legislador refleja expresamente como delictivo, es el de adoctrinar a otros, así como el comportamiento subsiguiente de captarlos o reclutarlos, esto es, se sancionan como delictivas aquellas actuaciones que aspiren a engrosar, o que permitan extender, el número de partidarios que la organización terrorista concita”.

terrorismo ofrece el art. 579 en su conjunto y que más tarde analizo. Para el castigo de la conducta del que adiestra, opino que debería, en su caso, mantenerse únicamente la descripción tomada de las normas europeas, la realizada en el art. 577.2.2º, pues, al referirse a los delitos del art. 573, entiendo que hace referencia a los delitos de terrorismo en sentido estricto, como hacen las normas europeas, y ello es lo más adecuado si se quiere hacer caso al principio de lesividad.

3. La Sentencia N°9/2015, de 28 de enero, del Tribunal Constitucional belga con respecto a la constitucionalidad de los delitos de reclutamiento, adiestramiento activo y adiestramiento pasivo del Code Pénal belga

El Tribunal constitucional belga (“*Cour Constitutionnelle*”) dirimió la constitucionalidad de varios delitos de terrorismo introducidos en su Code Pénal mediante una Ley de 28 de febrero de 2013¹⁶²³. Traigo a colación en este momento la sentencia porque en ella se analizó la constitucionalidad de tres preceptos, los relativos al reclutamiento, al adiestramiento activo y al adiestramiento pasivo.

Los demandantes (varias ONGS de derechos humanos) pedían la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 4-8 de la Ley, que introducían en el Code Pénal belga: el art. 140 bis (el delito de difusión de mensajes terroristas que inciten a la comisión, cuando se cree un riesgo de comisión); el art. 140 ter (reclutamiento); el art. 140 quater (adiestramiento activo); el art. 140 quinquies (adiestramiento pasivo)¹⁶²⁴. El primer delito del que se alega la inconstitucionalidad (art. 140 bis Code Pénal) lo trato en un punto posterior, tras analizar los delitos de enaltecimiento del terrorismo y difusión de mensajes o consignas previstos en nuestro CP. En esta Sentencia del Tribunal Constitucional de Bélgica de 2015, este delito fue declarado conforme a la Constitución belga por no vulnerar la libertad de expresión ni la libertad ideológica, pero sí fue declarado inconstitucional años después, tras sufrir una modificación en 2016 en su redacción¹⁶²⁵.

¹⁶²³ Puede consultarse aquí su texto: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2013021801 (último acceso 19/03/2023).

¹⁶²⁴ También se solicitó la inconstitucionalidad del art. 141 ter Code Pénal (una cláusula de respeto a los derechos fundamentales a la hora de aplicar los delitos de terrorismo), motivo que quedó sin objeto por una modificación legislativa sobrevenida antes de la emisión de la Sentencia.

¹⁶²⁵ Ver *infra*: La Sentencia del Tribunal Constitucional belga N°31/2018, de 31 de marzo.

Entonces, voy a centrarme aquí en la decisión del Tribunal respecto de los delitos de reclutamiento, adiestramiento pasivo y adiestramiento activo¹⁶²⁶. Para todos ellos, se alegó por parte de los demandantes su incompatibilidad con el derecho a la legalidad penal y con las libertades de asociación y expresión.

El Tribunal Constitucional consideró que estas disposiciones legislativas se ajustaban a la Constitución y a los demás instrumentos de derechos humanos de los que Bélgica es parte, aunque, verdaderamente, con argumentaciones repetitivas y circulares en algunos aspectos.

¹⁶²⁶ Reproduzco los textos actuales del Code Pénal. Es cierto que han sufrido alguna modificación desde 2013 (en 2016 y en 2019), pero sin importancia a efectos de la Sentencia 9/2015: Art. 140 ter: Sin perjuicio de la aplicación del art. 140, toda persona que reclute a otra para cometer o contribuir a la comisión de uno de los delitos previstos en los arts. 137, 140 o 140 sexies, con excepción del previsto en el art. 137, § 3, 6°, será castigada con pena de prisión de cinco a diez años y multa de 100 a 5000 euros / La pena será de prisión de diez a quince años y multa de 5000 a 10.000 euros si el reclutamiento se dirige específicamente a menores; (“*Art. 140 ter: Sans préjudice de l’application de l’article 140, toute personne qui recrute une autre personne pour commettre ou contribuer à commettre l’une des infractions visées aux articles 137, 140 ou 140 sexies, à l’exception de celle visée à l’article 137, § 3, 6°, sera punie de la réclusion de cinq ans à dix ans et d’une amende de cent euros à cinq mille euros. / La peine sera la réclusion de dix ans à quinze ans et une amende de cinq mille euros à dix mille euros si le recrutement s’adresse spécifiquement à des mineurs*”); Art. 140 quater: Sin perjuicio de la aplicación del art. 140, será castigado con pena de prisión de cinco a diez años y multa de cien euros a cinco mil euros el que dé instrucciones o adiestramiento en la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o en otros métodos y técnicas específicas con el fin de cometer o contribuir a la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el art. 137, con excepción del delito previsto en el apartado 3.6 del art. 137. / La pena será de prisión de diez a quince años y multa de cinco mil euros a diez mil euros si las instrucciones o la formación a que se refiere el apartado 1 se dirigen específicamente a los menores; (“*Art. 140 quater: Sans préjudice de l’application de l’article 140, toute personne qui donne des instructions ou une formation pour la fabrication ou l’utilisation d’explosifs, d’armes à feu ou d’autres armes ou de substances nocives ou dangereuses, ou pour d’autres méthodes et techniques spécifiques en vue de commettre ou de contribuer à commettre l’une des infractions visées à l’article 137, à l’exception de celle visée à l’article 137, § 3, 6°, sera punie de la réclusion de cinq ans à dix ans et d’une amende de cent euros à cinq mille euros. / La peine sera la réclusion de dix ans à quinze ans et une amende de cinq mille euros à dix mille euros si les instructions ou la formation visées à l’alinéa 1er s’adressent spécifiquement à des mineurs*”); Art. 140 quinquies: Sin perjuicio de la aplicación del art. 140, toda persona que, en Bélgica o en el extranjero, reciba instrucciones o reciba la formación contemplada en el art. 140 quinquies, con el fin de cometer o contribuir a la comisión de uno de los delitos contemplados en el art. 137, con excepción del delito contemplado en el punto 6 del apartado 3 del art. 137, será castigada con una pena de prisión de cinco a diez años y una multa de cien a cinco mil euros. / Se castigará con las mismas penas a toda persona que, en Bélgica o en el extranjero, adquiera conocimientos por sí misma o se forme en los asuntos mencionados en el art. 140 quater con el fin de cometer o contribuir a la comisión de uno de los delitos mencionados en el art. 137, con excepción del delito mencionado en el art. 137, § 3, 6°; (“*Art. 140 quinquies: Sans préjudice de l’application de l’article 140, toute personne qui, en Belgique ou à l’étranger, se fait donner des instructions ou suit une formation visées à l’article 140quater, en vue de commettre ou de contribuer à commettre l’une des infractions visées à l’article 137, à l’exception de celle visée à l’article 137, § 3, 6°, sera punie de la réclusion de cinq ans à dix ans et d’une amende de cent euros à cinq mille euros. / Sera punie des mêmes peines, toute personne qui, en Belgique ou à l’étranger, acquiert des connaissances par elle-même ou se forme elle-même aux matières visées à l’article 140 quater en vue de commettre ou de contribuer à commettre l’une des infractions visées à l’article 137, à l’exception de celle visée à l’article 137, § 3, 6°*”).

En cuanto al art. 140 ter del Code Pénal, este permite el enjuiciamiento de cualquier persona que reclute a otra para cometer un delito de terrorismo contemplado en el Code Pénal o para participar en la actividad de un grupo terrorista o dirigirla. También permite condenar al reclutador incluso cuando no se demuestre que la persona reclutada ha participado realmente en la comisión de un delito de terrorismo o se ha unido a un grupo terrorista con el objetivo de cometerlo. La aplicación del art. 140 ter del Code Pénal solo requiere que la propuesta del reclutador haya sido aceptada por la persona abordada¹⁶²⁷. Cuando el reclutador no haya persuadido a la persona abordada o haya sido detenido antes de persuadirla, podrá ser procesado por tentativa de reclutamiento.

De acuerdo con el tenor del precepto, el Tribunal belga entiende que el art. 140 ter Code Pénal no permite condenar a ninguna persona que se dirija a otra con un discurso considerado como ilegítimo, radical o extremo. Por otro lado, declara que la redacción del artículo es lo suficientemente precisa y clara como para que cualquiera pueda saber qué conductas se castigan con la pena prevista; y que, estos términos, no dejan demasiado margen de maniobra al juez encargado de aplicar esta disposición legislativa. El hecho de que, en determinadas circunstancias, pueda resultar difícil para la Fiscalía probar algún elemento del delito, ni el hecho de que las conductas a las que se refiere puedan ser castigadas en base a otras disposiciones del Code Pénal¹⁶²⁸, hacen que el art. 140 ter del Code Pénal sea incompatible con el principio de legalidad penal.

El texto del art. 140 quater del Code Pénal se refiere a la instrucción o el adiestramiento en “métodos y técnicas específicas”, es decir, en métodos y técnicas propios y adecuadas para la comisión de delitos de terrorismo, como sería la instrucción en la fabricación de armas o de sustancias nocivas o peligrosas. Pero no solo eso, también incluye la formación en “otros métodos o técnicas”, como, por ejemplo, un curso de conducción o pilotaje o la enseñanza de métodos de piratería informática. Sin embargo, el alcance relativamente amplio de este nuevo delito se ve restringido por la necesidad de un elemento subjetivo adicional. El delito solo se comete cuando el formador sabe que la

¹⁶²⁷ Esto contrasta con lo sostenido anteriormente sobre la tentativa del delito del art. 577.2 CP. Según he señalado, el delito de captación, adiestramiento y adoctrinamiento activos se consumaría cuando los destinatarios de las conductas tengan conocimiento de los mensajes o instrucciones de captación, y los comprendan.

¹⁶²⁸ Los demandantes alegaron también que este delito ya estaba previsto con anterioridad en otro lugar del Code Pénal, mediante un delito que castiga el reclutamiento de personas para tropas extranjeras.

formación se imparte con la intención de cometer uno de los delitos contemplados en el art. 137 (precepto que define los delitos de terrorismo en Derecho penal belga).

Este precepto abarca no solo “las instrucciones sobre métodos y técnicas aptos para su uso en el terrorismo”, sino también “otros métodos o técnicas”. Sin embargo, al referirse a la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas u otros métodos y técnicas específicas para cometer delitos de terrorismo, los “otros métodos” deben entenderse también como adecuados a tal fin¹⁶²⁹. Cualquier vaguedad en los términos utilizados en la redacción de una ley, que en este caso llevaría a la conclusión de que el legislador también pretendía abarcar métodos y técnicas que no son específicos de la comisión de delitos de terrorismo, no puede en ningún caso prevalecer. Y por ello, entiende que el Tribunal que el legislador ha adoptado términos lo suficientemente precisos y claros como para que pueda conocerse qué conductas son punibles.

En cuanto al art. 140 quinquies, declara la Cour Constitutionnelle que se justifica por la voluntad “lógica y operativa” de criminalizar a la “persona que se beneficia de los conocimientos técnicos proporcionados por el formador” tipificados en el art. 140 quater del Código Penal. Por lo tanto, considera que ambas disposiciones legislativas están inseparablemente unidas. El elemento material del delito creado por el art. 140 quinquies del Code Pénal belga se define, entre otras cosas, por una referencia a las instrucciones y a la formación “mencionadas en el art. 140 quater”. Entonces, el Tribunal se remite a la interpretación que ha realizado del art. 140 quater, y declara que, como el elemento material del delito creado por esta última disposición se ha definido en términos suficientemente claros y precisos, ello se extiende al art. 140 quinquies.

De esta sentencia se pueden extraer algunas conclusiones valiosas para el caso español. Aunque los preceptos pueden parecer similares, no lo son en un crucial aspecto, puesto de manifiesto por el Tribunal y por el que precisamente no declara la inconstitucionalidad del art. 140 ter del Code Pénal. El legislador belga, siguiendo más fielmente las normas europeas, no prevé en ninguna de sus facetas el adoctrinamiento, lo que, como sabemos, castiga el legislador español por partida triple. El Tribunal belga entiende que el artículo que prevé el reclutamiento no es inconstitucional porque no permite el castigo de ninguna persona que se dirija a otra con un discurso considerado

¹⁶²⁹ A ello he hecho referencia anteriormente, y también lo aclaraba el propio Consejo de Europa en el Informe explicativo del Convenio.

como ilegítimo, radical o extremo, lo que sí puede ocurrir en España al preverse tanto el adoctrinamiento pasivo, como el activo, como el autoadoctrinamiento, que precisamente representan discursos o doctrinas ilegítimas, radicales y extremas. Por otro lado, cabe reconocer que, en general, las normas europeas presentan formulaciones más sencillas y que se superponen menos entre unas y otras. El Code Pénal belga ha incorporado los delitos previstos por los instrumentos internacionales de una forma más respetuosa con sus redacciones, lo que facilita la interpretación. En España, sin embargo, el legislador opta por redacciones enrevesadas y repetitivas, que están abocadas a una sobreinterpretación por parte de la jurisprudencia, que, en la mejor de las situaciones, se ve obligada a añadir requisitos a los tipos penales que no se desprenden de su tenor literal, y, en la peor de ellas, a aplicar los tipos penales sin observarlos desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

Excurso: ¿Qué correspondencia existe entre las modalidades activas y pasivas del adoctrinamiento o del adiestramiento?

Como ya he expuesto anteriormente, a partir de 2015 se ha producido un adelantamiento de la barrera de protección penal respecto de las actuaciones terroristas, englobándose en el espacio de punición cualquier comportamiento que esté destinado a obtener un conocimiento que pueda transmitirse después (siempre que concurra el elemento subjetivo). Entonces, el legislador pasa así a responder penalmente ante cualquier acto que se integre en la secuencia de la capacitación, si bien reservando un marco penológico de mayor rigor para aquellos supuestos en los que el sujeto activo, lejos de limitarse a su propia formación, inicia la propagación de lo sabido, replicando el conocimiento para su expansión a terceros¹⁶³⁰.

Así, las conductas de adiestramiento y adoctrinamiento activo y pasivo requieren la concurrencia de, al menos, dos personas, aquella que suministra los conocimientos y aquella que los adquiere.

La previsión delictiva del adiestramiento pasivo se concibe desde las dos principales organizaciones regionales europeas como una contrapartida estructural de la incriminación dirigida al suministrador de la instrucción¹⁶³¹. Ello lo señala expresamente

¹⁶³⁰ STS 13/2018, de 16 de enero.

¹⁶³¹ POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, pág. 225.

el Consejo de Europa en su Informe Explicativo del Protocolo Adicional: “Esta disposición del Protocolo pretende, en cierta medida, reflejar el art. 7 del Convenio (entrenamiento para el terrorismo), al obligar a las Partes a penalizar la recepción de entrenamiento que permita al receptor llevar a cabo o contribuir a la comisión de delitos de terrorismo. La redacción y la terminología utilizadas en el art. 3 del Protocolo son, por lo tanto, en gran medida las mismas que las utilizadas en el art. 7 del Convenio¹⁶³². Por su parte, el Considerando (11) de la Directiva también asume esta perspectiva de correspondencia entre el adiestrador y el adiestrado: “La tipificación penal de la recepción de adiestramiento para el terrorismo *complementa* el delito ya reconocido de adiestramiento y aborda específicamente las amenazas que plantean las personas que se preparan activamente para la comisión de delitos de terrorismo, entre ellas las que acaban actuando en solitario”. Y la correspondencia se desprende también de la lectura de sendos preceptos, que están redactados en los mismos términos, cambiando únicamente el “instruir” (art. 7 de la Directiva) por el “recibir instrucción” (art. 8 de la Directiva). Lo mismo señala la Sentencia del Tribunal Constitucional belga recién tratada, que, al referirse al delito de adiestramiento pasivo, alude a la voluntad “lógica y operativa” de criminalizar a la “persona que se beneficia de los conocimientos técnicos proporcionados por el formador”.

Las formas activas y pasivas no se corresponden en España en lo que a la estructura del tipo penal se refiere. Ya he analizado pormenorizadamente los tipos penales por separado, pero cabe realizar una breve comparativa de sus estructuras. Las formas activas fueron por primera vez introducidas en 2010. En ese momento únicamente se enunciaron las conductas típicas, pero no se realizó ninguna aclaración más allá. En 2015, se inserta en el art. 577.2.2º una disposición prácticamente idéntica a los textos sobre adiestramiento previstos en los instrumentos europeos. En ese año, también se introducen los delitos de adoctrinamiento y adiestramiento pasivo, cuya estructura y redacción difiere de lo previsto en su modalidad activa¹⁶³³.

¹⁶³² Consejo de Europa, Explanatory Report to the Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, de 22 de octubre de 2015, párr. 38.

¹⁶³³ El tenor literal de los preceptos es el siguiente: Art. 577.2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo. / Asimismo se impondrán estas penas a los que faciliten adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del art. 573, con la intención o

Existen varias similitudes entre los preceptos. Los dos incluyen el adoctrinamiento (que no se prevé, ni en las normas europeas, ni en el Derecho comparado), pero ninguno de ellos lo define. Ambos delitos, a pesar de ser preparatorios de otros, llevan aparejadas penas autónomas. El art. 575, unas penas de prisión de dos a cinco años, y, el art. 577, unas penas de cinco a diez años de prisión. Teóricamente, se cometen por personas que no forman parte de organizaciones o grupos terroristas.

En cuanto a sus diferencias, la más llamativa viene dada por la inexistencia de la cara pasiva de la captación. La dificultad para encontrarle una definición adecuada al “ser reclutado para el terrorismo” hizo que fuera descartado en las instancias europeas¹⁶³⁴. Ello supondría castigar a aquella persona a la que simplemente se dirige efectivamente el captador, sin ningún requisito adicional. Ello, obviamente, no es admisible desde el punto de vista del Derecho penal del hecho ni desde el punto de vista del principio de lesividad.

A pesar de que ambos preceptos prevén y definen cómo debe ser el adiestramiento, lo hacen con una técnica distinta. En el art. 577.2.2º, copiando la fórmula europea, extiende el adiestramiento a la capacitación para la comisión de delitos de terrorismo *stricto sensu* (deberían entenderse como tales, los del art. 573.1, y, de ellos, los violentos). Como ya he señalado, ello contrasta con la previsión realizada en su apartado anterior, que extiende las actividades de adiestramiento a la comisión de cualquier delito del Capítulo. Pero aún contrasta más con lo previsto para el adiestramiento pasivo en el art. 575 CP. En este precepto, el legislador se aparta de las redacciones europeas e introduce una fórmula distinta para designar cómo debe ser el adiestramiento. Este, en su modalidad pasiva, incluye la recepción de aprendizaje en materias no contempladas expresamente en el tipo penal de adiestramiento activo, como la instrucción militar o de combate. Ello no se menciona en el art. 577.2, pero podría entenderse que las referencias que este realiza, por ejemplo, a “métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del art. 573”, podría incluir adiestramiento militar o de combate. En cuanto a los delitos de referencia, ya he señalado anteriormente la discordancia entre el

conocimiento de que van a ser utilizados para ello; Art. 575. 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.

¹⁶³⁴ Consejo de Europa, Explanatory Report to the Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, de 22 de octubre de 2015, párr. 31-33.

art. 577.2.2º y el art. 575 CP, si bien no hay que olvidar que el primer párrafo del art. 577.2 sí hace referencia a todos los delitos del Capítulo, así como la conducta del adiestramiento. En realidad, entonces, la mayor discordancia deriva del párrafo 2º del citado artículo, que es el que, como he señalado anteriormente, representa una copia literal de los textos europeos.

Para POMARES CINTAS, la descoordinación entre sendos tipos penales respecto del objeto de aprendizaje y sus objetivos o propósitos complica el entendimiento del delito de adiestramiento pasivo, que atiende a una más amplia y distinta fenomenología. De otro lado, revela problemas de fondo a la hora de delimitar aquello que debe fundar su desvalor penal porque esta figura preparatoria no garantiza una interacción personal de aprendizaje-adiestramiento entre los sujetos intervinientes exclusivamente orientada a favorecer la comisión de alguno de los delitos principales de terrorismo, que han de ser *ex ante* determinables. Permite, entonces, criminalizar cadenas hipotéticas de anticipaciones, de modo que la peligrosidad objetiva potencial de la conducta para afectar al bien jurídico tutelado por los delitos de terrorismo se convierte en un mero espejismo, en una estela de indicios de peligrosidad¹⁶³⁵.

Si bien ya he formulado en sus respectivos lugares mis conclusiones de *lege ferenda* con respecto a los delitos de adoctrinamiento y adiestramiento activos y pasivos, con respecto a la concreta cuestión que ahora trato, creo que, al menos, deberían modificarse sendos preceptos para unificar su redacción, y, de ese modo, eliminar todas las posibles discordancias que pueden surgir en su aplicación.

III. Los delitos emparentados con los actos preparatorios punibles

1. El enaltecimiento y la justificación del terrorismo

1.1. El art. 578 y la previsión de dos grupos de conductas diferenciados: los delitos de enaltecimiento y justificación del terrorismo y el delito de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares

A partir de la reforma operada por la LO 7/2000, el art. 578 CP castiga el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los arts. 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen

¹⁶³⁵ POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, págs. 226-227.

descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses.

La redacción original de estos delitos, la del año 2000, exigía que el enaltecimiento o la justificación del terrorismo, así como la humillación a sus víctimas fuera llevada a cabo “por cualquier medio de expresión pública o difusión”. La LO 2/2015 suprime la referencia a la publicidad de las manifestaciones en el tipo básico, para prever el siguiente tipo agravado en el art. 578.2: las penas previstas en el apartado 1 se aplicarán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información¹⁶³⁶. Con esta previsión agravatoria la aplicación del tipo básico queda reservada para las ocasiones en las que las manifestaciones enaltecidas, justificadas o humilladoras de las víctimas se realicen ante una concurrencia de personas, pues en las demás ocasiones (que, por otro lado, serán las más abundantes), se realizarán a través de los medios de comunicación o de los que ofrecen las nuevas tecnologías. Esto último, pronostica que el tipo agravado pasará a convertirse en el de mayor aplicación¹⁶³⁷.

Y en el apartado 3, siguiendo la tónica general de la reforma, introduce el legislador otra previsión agravatoria, esta vez, absolutamente indeterminada y con un contenido muy difícil de determinar, que falta al principio de legalidad penal¹⁶³⁸: “cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, *resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella* se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado. Se han puesto reiteradamente de manifiesto los problemas que presentan las

¹⁶³⁶ La jurisprudencia también ha reconocido la importancia de las redes sociales como medio de difusión de las expresiones enaltecidas/justificadoras del terrorismo. Así, por ejemplo, la STS 4/2017, de 18 de enero, reconoce que “la extensión actual de las nuevas tecnologías intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad” (FJ 2).

¹⁶³⁷ No es una consecuencia aislada de las últimas reformas del legislador. Ocurre lo mismo, por ejemplo, con la 3ª agravante prevista para los desórdenes públicos en el art. 557 bis: “cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas”. El espacio propio de los desórdenes públicos, por su misma naturaleza, será habitualmente en un contexto de manifestación o de reunión numerosa de personas, por lo que el tipo agravado pasaría a ser el aplicable en la mayoría de las situaciones.

¹⁶³⁸ También lo denuncian: CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, pág. 942; CORRECHER MIRA, *RGDP*, N°27, 2017, págs. 8-9; SERRA CRISTÓBAL, *La seguridad como amenaza*, 2020, págs. 158-159.

formulaciones genéricas y etéreas y las que se refieren a sentimientos. El legislador de 2015, de nuevo, incluye esta clase de expresiones en los tipos penales, además, por partida triple en el apartado 3: “*paz pública, sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad*”.

La reforma de 2015 amplía el espectro del art. 578 en términos penológicos, pero no solo a través de las citadas agravaciones. En primer lugar, se extiende el límite máximo de la pena de prisión (que pasa de dos años a tres) sin explicación alguna en el Preámbulo o en el proceso parlamentario, si bien su claro objetivo velado es impedir la suspensión de la ejecución de la pena para determinados casos. Y, en segundo lugar, se inserta una nueva pena conjunta de multa de doce a dieciocho meses que en la redacción anterior no existía (manteniendo la posibilidad de que el órgano judicial acuerde, en su caso, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el art. 57 CP¹⁶³⁹).

Los apartados 4 y 5 del art. 578, también novedosos, facultan al órgano judicial para acordar, en sentencia o como medida cautelar, la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito, y, si éste se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, la retirada de dichos contenidos. Esta última posibilidad está cada vez más presente en el CP, habiéndose incluido en 2015 para el delito del art. 510.6 y para los delitos previstos en el art. 579 (así lo señala su apartado 4 remitiéndose al art. 578.4 y 5 CP), y en las reformas de 2021 para otros delitos que no son de terrorismo¹⁶⁴⁰. También se ha extendido, por vía judicial, a otros delitos de terrorismo para los que esta medida no está expresamente prevista¹⁶⁴¹. Habrá de tenerse en cuenta, asimismo, el Reglamento (UE) 2021/784, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea, que dispone normas uniformes para luchar contra el uso indebido de los servicios de alojamiento de datos para la difusión entre el público de contenidos terroristas en línea. El Reglamento, teniendo en cuenta la potencial afectación de estas retiradas de contenidos a los derechos fundamentales, impone a las autoridades competentes de los Estados miembro y a los prestadores de servicios de alojamiento de

¹⁶³⁹ En conexión con las prohibiciones del art. 48 CP: la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos; la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el órgano judicial; la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el órgano judicial.

¹⁶⁴⁰ Arts. 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis CP.

¹⁶⁴¹ Véase, por ejemplo, la SAN 3/2017, de 17 de febrero, que aplica la retirada de contenidos de un sujeto al que condena por captación (art. 577.2.1º CP).

datos una valoración de las circunstancias del caso concreto al determinar si los materiales entran en el concepto de “contenidos terroristas” (art. 2.7) del Reglamento). Asimismo, dispone que deberá evaluarse la verdadera finalidad de la difusión de los contenidos. De nuevo, indica expresamente que no se considerará contenido terrorista el material difundido entre el público con fines educativos, periodísticos, artísticos o de investigación, o destinados a evitar el terrorismo o combatirlo, incluido el material que sea la expresión de opiniones polémicas o controvertidas en el transcurso del debate público, y que se deberán respetar los derechos, libertades y principios de la UE (arts. 1.3 y 1.4 y Considerandos (11) y (12) del Reglamento).

1.2. Los dos delitos del art. 578.1 CP y sus bienes jurídico penales protegidos?

Aunque previstas en el mismo precepto, hay que diferenciar dogmáticamente las conductas de enaltecimiento y justificación de las de humillación, menosprecio y descrédito a las víctimas de terrorismo y sus familiares. Esta necesidad de separación se desprende de la naturaleza de ambas conductas. Las primeras, implican acciones predominantemente públicas, mientras que las segundas, se insertan en un ámbito más íntimo¹⁶⁴². Pero, sobre todo, difieren en su bien jurídico protegido, que, adelante, es más identificable en uno de los delitos que en el otro. Según la jurisprudencia, el bien jurídico del delito de humillación, menosprecio y descrédito a las víctimas del terrorismo es el honor y la dignidad de las víctimas¹⁶⁴³ (lo que opina abundante doctrina); mientras que en el delito de enaltecimiento o justificación la cuestión de desentrañar el bien jurídico protegido no es tan sencilla. Según la jurisprudencia, el enaltecimiento/justificación responde a la *ratio legis* de reforzar la tutela en los delitos de terrorismo, sancionando conductas que no son terroristas *per se* pero que les favorecen en cuanto significan un apoyo a las mismas¹⁶⁴⁴. La STS 224/2010, de 3 de marzo, por su parte, indica en su FJ 3 que el Preámbulo de la LO 7/2000 ofrece pistas (negativas y positivas) para desentrañar su bien jurídico: “no se trata de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se aleguen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional”, “se trata de *algo tan sencillo como* perseguir la exaltación de métodos terroristas”, “actos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche

¹⁶⁴² STS 752/2012, de 3 de octubre, FJ 3.

¹⁶⁴³ SSTS 656/2007, de 17 julio o 752/2012, de 3 de octubre.

¹⁶⁴⁴ STS 752/2012, de 3 de octubre, FJ 3.

penal”. La misma STS dice que el bien jurídico protegido estaría en la interdicción de lo que tanto el TEDH¹⁶⁴⁵ como el TC¹⁶⁴⁶ califican como “discurso del odio”¹⁶⁴⁷: “es decir, la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluir en el derecho a la libertad de expresión o ideológica, en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de aquella comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en la causación de terror como medio de conseguir esas finalidades”. Por su parte, la AN ha señalado también que el bien jurídico que trata de proteger el art. 578 en su modalidad enaltecedora es la seguridad colectiva “tanto de las personas como de los bienes, la cual debe ser entendida como sinónimo de creación de un clima de garantía social en el que no se verán amenazados los bienes jurídicamente protegidos, ya sean individuales, ya sean colectivos (...)”¹⁶⁴⁸. Ya se han expuesto en otros lugares de este trabajo los peligros e inconvenientes de entender como bien jurídico la “seguridad” genérica. La justificación jurídica en términos de bien jurídico acudiendo a un bien jurídico etéreo como la seguridad colectiva, general, de todos los bienes jurídicos de todas las personas, abre la puerta del Derecho penal a todo tipo de supuestos, lo que no respeta los principios de lesividad, de *ultima ratio* y de fragmentariedad. Así pues, las asignaciones de bien jurídico realizadas por la jurisprudencia no convencen aquí (ni a la mayor parte de la doctrina que aboga por la derogación del delito, que fundamentan muchos de ellos en la inobservancia del principio de lesividad por parte del legislador). LLOBET ANGLÍ, por ejemplo, ofrece varias

¹⁶⁴⁵ SSTEDH 26682/95, Caso Sürek contra Turquía, de 8 de julio de 1999; 35071/97, Caso Gündüz contra Turquía, de 4 de diciembre de 2003.

¹⁶⁴⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre.

¹⁶⁴⁷ El término “discurso del odio”, desarrollado por la jurisprudencia del TEDH, tiene su origen en la Recomendación N°20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997. En ella el Consejo de Europa “insta a los Estados a actuar contra todas formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo, el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las medidas y los inmigrantes o personas de origen inmigrante”. Se trata de una expresión del art. 10 del CEDH, que dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, matizando que el ejercicio de la libertad entraña deberes y responsabilidades, y podrá ser sometida ciertas condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden, en la protección de la reputación o de los derechos ajenos. Los Estados han configurado tipos penales que criminalizan este discurso del odio: el art. 510 CP, como arquetipo del discurso del odio; el art. 578 CP, aquí comentado; el art. 579 CP, que recoge el delito de “difusión y propaganda” terrorista; el art. 607, en su redacción anterior a 2015, cuando acogía la provocación, incitación al delito de genocidio, y anteriormente, la negación al holocausto; o el art. 577.2, en su modalidad de adoctrinamiento activo.

¹⁶⁴⁸ SAN 10/2019, de 8 julio, FJ 3. En este sentido, también: SAN 15/2018, de 21 de diciembre, aunque refiriéndose al art. 577.2 CP.

posibilidades para identificar el bien jurídico protegido por el delito de enaltecimiento/justificación del terrorismo: la salvaguarda de la libertad o la seguridad general de las personas, es decir, la paz pública; la evitación de aquellas acciones que puedan facilitar la ejecución de futuras infracciones (aquí el delito sería configurado como una provocación indirecta y los bienes jurídicos protegidos serían los tutelados por los tipos cuya ejecución se intenta impedir); o la prohibición de las conductas que mantienen alto el ánimo o prestan respaldo psicológico a una organización terrorista. Ninguna de estas opciones convence a la autora, pues ninguno de los bienes jurídicos propuestos tiene suficiente entidad como para ser merecedor de la tutela jurídico penal¹⁶⁴⁹.

En las páginas siguientes se analiza el art. 578.1 en su vertiente enaltecedora/justificadora. El delito de humillación/des crédito/menosprecio de las víctimas de terrorismo o sus familiares, aunque también genera controversia en relación con la libertad de expresión¹⁶⁵⁰, sí cuenta con un bien jurídico más claro que el delito de enaltecimiento/justificación. La doctrina acepta más su justificación material como delito, y el merecimiento de pena es generalmente considerado adecuado¹⁶⁵¹. Ahora bien, esto no excluye que dicho bien jurídico ya se encuentre protegido por otros preceptos penales genéricos, como las injurias de los arts. 205 y ss. del CP, o, incluso, por el art. 510 CP, frente a las agresiones más graves contra el honor de este colectivo con una motivación discriminatoria (ideología política, por ejemplo)¹⁶⁵². Por tanto, su tipificación expresa resulta innecesaria y solo introduce confusión y duplicidad normativa¹⁶⁵³, además de constatar el régimen siempre más grave del terrorismo, esta vez reconociendo un estatus diferenciado a sus víctimas¹⁶⁵⁴ que las de otros delitos, también muy graves, no ostentan.

¹⁶⁴⁹ LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, págs. 448, 464-465. De la misma opinión: PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, pág. 264.

¹⁶⁵⁰ CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 858, opina que este delito no plantea problemas desde la perspectiva de la libertad de expresión porque carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5), pero también señala que no deja de ser un delito de injurias especialmente tipificado por razones puramente demagógicas que ha motivado condenas por chanzas que, si bien son censurables, no merecen la sanción penal (por ejemplo, la SAN 9/2017, de 29 de marzo, que resuelve el conocido caso de Cassandra Vera; sentencia casada por la STS 95/2018, de 26 febrero).

¹⁶⁵¹ Por ejemplo: CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, págs. 272-273, n.p. 798; GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, págs. 1933 y 1936; MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 24ª ed., 2022, págs. 902-903.

¹⁶⁵² GEPC, *Una propuesta*, 2020, págs. 44-48.

¹⁶⁵³ *Ibid.*, pág. 37.

¹⁶⁵⁴ Esta idea también en: BAILONE, en: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (Coord.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, pág. 542. LAMARCA PÉREZ, *La ley penal*, N°28, 2006, pág. 45, que entiende que esta situación vulnera el principio de igualdad.

Con todo, cabe precisar que al delito de humillación se le ha querido también someter a los requisitos que más adelante voy a exponer para el delito de enaltecimiento (concretamente, la creación de un riesgo de comisión de delitos de terrorismo) de la Directiva 2017/541, pues su Considerando (10)¹⁶⁵⁵, cuando habla de los delitos de apología y de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, se refiere, entre otros, a los relacionados con las víctimas del terrorismo.

1.3. Cuestiones generales del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo

1.3.1. ¿En qué categoría dogmática se inserta el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo?

Dice MIRA BENAVENT que el legislador devuelve a la vida el antiguo delito de apología del terrorismo en su versión anterior¹⁶⁵⁶ a la entrada en vigor del CP 1995; antecedente legislativo del que solo se diferencia en el *nomen iuris* y del que ha heredado el mismo carácter de *delito de opinión*¹⁶⁵⁷ que siempre caracterizó a la apología y que permitía cuestionar seriamente su constitucionalidad¹⁶⁵⁸; y que ya había demostrado su absoluta ineficacia para combatir el fenómeno terrorista¹⁶⁵⁹.

En 1995 el legislador definió la apología del delito después de un intenso debate (por sus implicaciones con la libertad de expresión). Lo hizo en el art. 18.1.2º CP, que

¹⁶⁵⁵ “Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, (...) entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población”.

¹⁶⁵⁶ Ciertamente, no hay tantas diferencias entre los textos franquistas y los actuales. Así, por ejemplo, el CP de 1944/1973: “Art. 268. La apología pública oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión de los delitos comprendidos en este Título, y la de sus culpables, será castigada con la pena de prisión menor”; o el Decreto-Ley 10/1975, en su art. 10: “Los que, públicamente, sea de modo claro o encubierto, defendieren o estimularen aquellas ideologías a que se refiere el artículo cuarto de esta disposición legal; o el empleo de la violencia como instrumento de acción política o social; o manifestaren su aprobación o pretendieren justificar la perpetración de cualquier acto terrorista; o enaltecieron a sus ejecutores o participantes; o trataran de minimizar la responsabilidad de las conductas tipificadas en este Decreto-ley por medio de la crítica –directa o solapada– de las sanciones legales que las previenen o castigan; o intentaren menoscabar la independencia y el prestigio de la justicia mediante manifestaciones de solidaridad con las personas encausadas o condenadas, serán castigados con la pena de prisión menor, multa de cincuenta mil a quinientas mil pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de funciones públicas y para las docentes, públicas o privadas”.

¹⁶⁵⁷ Lo caracterizan como delito de opinión, también: CANCIO MELIÁ, *JpD*, N°44, 2002, pág. 26; LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, pág. 442; CORRECHER MIRA, *RGDP*, N°27, 2017, pág. 3; VALERO HEREDIA, *REDC*, Año N°41, N°122, 2021, pág. 373.

¹⁶⁵⁸ MIRA BENAVENT, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pág. 302.

¹⁶⁵⁹ BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, pág. 231.

dispone que únicamente será punible como forma de provocación. Describe el CP la apología como “la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor” o por escrito en papel al que tengan acceso una multiplicidad de personas. Así, su nota definitoria es que se trata de una forma de incitación directa. Ello, sin embargo, como pone de manifiesto la doctrina, deja la fórmula de la apología vacía de contenido, pues resulta punible únicamente cuando constituye provocación y en los casos en que también es punible la provocación¹⁶⁶⁰.

En el caso del terrorismo, se preveía la punición de sus actos preparatorios en la redacción original del art. 578¹⁶⁶¹ (la de 1995), lo que actualmente prevé en art. 579.3 CP, que castiga “los demás actos de provocación, conspiración y proposición” para cometer cualquier delito del Capítulo con la pena inferior en uno o dos grados.

Se ha discutido doctrinalmente la naturaleza dogmática de este enaltecimiento, pues el art. 578 en su vertiente enaltecedora/justificadora se aparta de la configuración dada a la apología en el Libro I del CP (práctica usual del legislador en materia de terrorismo¹⁶⁶²) al no exigir una incitación directa, por lo que no puede hablarse propiamente de dicha categoría dogmática (aunque ha sido denominada por algunos como pseudoapología, apología menor¹⁶⁶³, apología débil o apología de segundo grado¹⁶⁶⁴). Parece deliberado, pues, que el legislador utilizara una palabra distinta a la expresión apología, eludiendo de esa forma la sujeción a sus requisitos legales. Al fin y al cabo, el mandato del art. 18 se refiere a todo el CP (“a efectos de este Código...”) y solo será punible en los supuestos descritos más arriba, y ello generaba un problema al legislador del 2000, que pretendía castigar (y así lo hace) una forma de expresión que no implica incitación directa¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶⁰ Ibid., págs. 231-233.

¹⁶⁶¹ “La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 571 a 577, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores”.

¹⁶⁶² Práctica que se ha extendido, también a los delitos de odio, en el art. 510.2 b); y a los crímenes internacionales, en el art. 510.1 c) CP.

¹⁶⁶³ GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, pág. 1935.

¹⁶⁶⁴ GEPC, *Una propuesta*, 2020, pág. 48.

¹⁶⁶⁵ Señala a este respecto CARBONELL MATEU, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pág. 52, que el legislador evita la utilización de la expresión “apología” para dar la sensación de que no existe contradicción entre los arts. 18 y 578.

De acuerdo con el tenor literal del art. 578, son punibles el “enaltecimiento” (“1. m. Acción y efecto de enaltecer”) y la “justificación” (“3. f. Conformidad con lo justo”) públicos de los delitos comprendidos en los arts. 572 a 577 CP o de quienes hayan participado en su ejecución. Las conductas típicas son, entonces, “enaltecer” y “justificar”. Según el Diccionario de la RAE: enaltecer es “1. tr. ensalzar”, que, a su vez, significa “1. tr. engrandecer (elevar a grado o dignidad superior). 2. tr. alabar (manifestar aprecio o admiración)”; y “justificar” significa “1. tr. Probar algo con razones convincentes, testigos o documentos. 2. tr. Rectificar o hacer justo algo”.

Aunque se utilicen por el legislador de forma alternativa (ambas conductas se unen por la conjunción disyuntiva “o”), no tienen, ni el mismo significado, ni las mismas implicaciones lingüísticas, pues la acción de justificar no tiene por qué implicar una alabanza o un elogio. Por ello, la jurisprudencia del TS, fijó por primera vez su STS 149/2007, de 26 de febrero, que la conducta de justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal; y, la conducta de enaltecer equivaldría a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. En esa misma Sentencia fijó otros requisitos del delito. Así, declaró que el objeto de tal ensalzamiento o justificación, puede ser: a) cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 572 a 577; b) cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos (sin que sea necesario identificar a una o varias de tales personas, pues puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos); y que tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión¹⁶⁶⁶. En una Sentencia posterior, en la STS 224/2010, de 3 de marzo, ya mencionada, el TS terminó de fijar los requisitos del delito, disponiendo que implica un comportamiento activo, que excluye la comisión por omisión, tanto propia como impropia; que es un delito de mera actividad y carente de resultado material; cuya naturaleza es esencialmente dolosa (FJ 3).

Pero la última Sentencia citada, fue esencial por otras razones, pues realizó un pronunciamiento en cuanto a la caracterización dogmática. Aquí el TS declaró que el enaltecimiento/justificación del terrorismo es un delito con “sustantividad propia, distinta y diferente de la apología *stricto sensu* del art. 18 CP”, pues esta última exige una

¹⁶⁶⁶ Entre otras, las SSTS 149/2007, de 26 de febrero; 585/2007, de 26 de junio; 539/2008, de 23 de septiembre; 354/2017, de 17 de mayo.

invitación directa a cometer un delito concreto, y solo entonces será punible. Describe el TS en 2010 el enaltecimiento/justificación como una “apología genérica, laudatoria y *sin incitación*”, que se caracteriza por *no integrar una provocación ni directa ni indirecta* a la comisión de un delito, adelantándose la barrera de protección. En apoyo de esta teoría de la sustantividad propia de esta *específica apología* aduce el TS los siguientes argumentos: su respuesta punitiva es también autónoma e independiente (prisión de uno a [ahora, tres años]), frente a las apologías “clásicas” de los arts. 18 y 579 CP en las que la pena lo es por referencia a la que corresponda al delito a cuya ejecución se incita (inferior en uno o dos grados); que el Preámbulo de la LO 7/2000 apunta en esa dirección cuando dice que “las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el art. 18 del CP (...)”¹⁶⁶⁷. También apoya dicha teoría de la sustantividad propia el hecho de que el legislador ya decidió, como se ha dicho antes, prever los actos preparatorios clásicos del terrorismo en otro precepto (actualmente, en el 579.3 CP).

La caracterización del enaltecimiento/justificación que realiza el TS como una “apología genérica, laudatoria y *sin incitación*”, que no entraña *una provocación ni directa ni indirecta* a la comisión de un delito, muestra un entendimiento del delito como meramente ofensivo¹⁶⁶⁸, que comparte el legislador del 2000: “actos *que producen perplejidad e indignación en la sociedad* y que merecen un claro reproche penal”. Conviene destacarlo, pues lo anterior se opone a la configuración de este delito por las normas europeas, y a las interpretaciones más recientes de nuestro TC y del TEDH.

1.3.2. ¿Es el enaltecimiento y la justificación del terrorismo un delito de terrorismo?

En cuanto a la consideración de si estos delitos deben ser entendidos como terroristas o no por su ubicación sistemática, hay que realizar una serie de precisiones:

1. La primera de ellas y más antigua, es que el propio TC en su importante STC 199/1987, de 16 de diciembre, declaró que la suspensión de derechos del art. 55.2 CE no es aplicable a la apología del terrorismo: “La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas

¹⁶⁶⁷ STS 224/2010, de 3 de marzo, FJ 3.

¹⁶⁶⁸ Lo ponen de manifiesto también: CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2020, n.m. 19080, que lo describe también como “un mero delito de tabú formal”; ALCÁCER GUIRAO, *TEORDER*, N°32, 2022, págs. 45 y ss.

acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos. (...) debe considerarse contraria al art. 55.2 CE la inclusión de quienes hicieran apología de los delitos [de terrorismo] (...) en la medida en que conlleva una aplicación a dichas personas de la suspensión de derechos fundamentales prevista en tal precepto constitucional” (FJ 4).

2. Más adelante, cuando ya estaba vigente en España el delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578, el TS tuvo que dirimir respecto de él un asunto de aplicación de la ley penal en el espacio. Concretamente tenía que dilucidar si el delito de enaltecimiento era un “delito de terrorismo”, para saber si era competente a la hora de juzgar unas declaraciones vertidas en Francia en virtud del art. 23.4 LOPJ. Esta fue la argumentación del TS para excluir la competencia española: “una vez dentro de su articulado [Sección 2ª. De los delitos de terrorismo], debe operarse con la clave interpretativa contextual de la naturaleza de las infracciones, que ese conjunto de preceptos proporciona. Así, resulta que el propio art. 578 CP distingue con claridad, en ese ámbito y en términos generales, dos formas de delinquir. Una es la constituida por las acciones descritas en los arts. 571 a 577 CP y otra la de enaltecimiento o justificación de las mismas por cualquier medio de expresión pública o difusión. Con ello, la ley penal se hace eco de un criterio cultural y doctrinal consolidado, en virtud del cual se discierne entre lo que son actos y delitos de terrorismo y los que, sin pertenecer a esta categoría clasificatoria, es decir, sin ser actos de terrorismo, expresan alguna forma de apoyo o solidaridad moral con los mismos o sus autores, manifestada públicamente. Es lo que se designa como apología; y la diferencia es tan clara que mientras la primera clase de acciones se han perseguido y se persiguen siempre en todas sus modalidades, la segunda a veces es impune y con frecuencia conoce sólo formas atenuadas de persecución. (...) Resulta, pues, que la apología, cuando se persigue penalmente, es un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse. De no ser así, esto es, si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo, tendría que ser tratada de igual modo como delito la apología de la apología, lo que conduciría directamente al absurdo¹⁶⁶⁹”.

3. Aunque la redacción actualmente vigente no difiere en estos términos de la del 2000, y la interpretación jurisprudencial en mi opinión es la correcta y la que debería seguir manteniéndose, el legislador español de 2015 sí clasifica *ex lege* (art. 573.3 CP)

¹⁶⁶⁹ ATS de 23 de mayo de 2002, RJ 2002\4727.

como delitos de terrorismo “el resto de los delitos tipificados en este Capítulo”, entre los que, por supuesto, está el de enaltecimiento y justificación del terrorismo¹⁶⁷⁰. Por otro lado, la no consideración de estos delitos como propiamente de terrorismo, aunque excluye las medidas suspensivas del art. 55.2, no excluye la aplicación de otras excepciones, como la competencia de la AN para juzgarlos¹⁶⁷¹.

1.3.3. Las normas europeas: la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo

Dada la importancia de las normas internacionales en la materia, sobre todo para la exposición posterior relativa a la interpretación dada al delito de enaltecimiento del terrorismo por nuestro TC, es conveniente realizar aquí algunas breves apreciaciones.

Las previsiones provocadoras/apologéticas se introducen por primera vez en las normas comunitarias mediante la DM 2008/919/JAI (la DM 2002/475/JAI mencionaba únicamente en su art. 4.1 la penalización de la inducción a la comisión de delitos terroristas). Su Considerando (14), como he apuntado anteriormente, señala que la expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la DM, y, en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo. Debe entenderse por “provocación a la comisión de un delito de terrorismo”, según el art. 3.1 a) la “la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el art. 1.1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, *conlleve el riesgo de comisión* de uno o algunos de dichos delitos”, e impone a los Estados la obligación de su tipificación en el art. 3.2 a). Con la Directiva 2017/541 se va un poco más allá, y su art. 5 se ocupa del hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el art. 3.1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través de, por ejemplo, *la apología de*

¹⁶⁷⁰ BERNAL DEL CASTILLO, *RDPC*, N°16, 2016, pág. 35, señala que ahí el legislador está siguiendo un puro criterio sistemático formal. En este sentido, la STS 224/2010, de 3 de marzo, señala en su FJ 3 que el argumento de que este tipo de apología se encuentra sistemáticamente dentro de los delitos de terrorismo, carece de virtualidad y relevancia para en base a ello estimar que se tratan delitos de terrorismo.

¹⁶⁷¹ Sobre ello, me remito a lo ya expuesto *supra*: La competencia de la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de terrorismo.

actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, *generando con ello un riesgo* de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos. El Considerando (10) de la Directiva contiene una explicación de lo que habrá de entenderse por actos de provocación: “comprenden, entre otros, la *apología y la justificación* del terrorismo o la *difusión de mensajes o imágenes*, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las *víctimas del terrorismo*, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha *materializado ese riesgo* se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional”¹⁶⁷².

En el marco del Consejo de Europa, el Convenio para la prevención del terrorismo de 2005 y su Protocolo Adicional son los que se refieren a este tipo de conductas. En su art. 5.1 la provocación pública para cometer delitos terroristas se define como “la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas”¹⁶⁷³, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, *Cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos*”.

La referencia que hacen sendos instrumentos europeos a la provocación indirecta se debe a que la provocación directa no plantea muchos problemas en la medida en que es punible, de una forma u otra, en la mayoría de los sistemas jurídicos. El objetivo de la

¹⁶⁷² Cursivas añadidas.

¹⁶⁷³ Consejo de Europa, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, de 16 de mayo de 2005, párr. 97. Cabe apuntar que, como señalé en el punto relativo al Consejo de Europa ante el terrorismo, esta organización internacional entiende como delitos de terrorismo una remisión a aquellos delitos incluidos en los Convenios que cita en su anexo. Dentro de ese anexo se encuentra el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, y la previsión delictiva de la provocación a los delitos de terrorismo también se extiende, entonces a los delitos de financiación del terrorismo. El Consejo de Europa justifica esta cuestión en tanto que tales delitos pueden desempeñar un papel importante en la cadena de acontecimientos que conducen a la comisión de delitos terroristas violentos, aunque, si bien la perspectiva de un delito violento en estos casos es bastante remota del acto de provocación, es lo que, en última instancia, justifica la penalización de la provocación pública provocación pública para cometer el delito de financiación del terrorismo (párr. 101). Es ciertamente cuestionable en términos de lesividad, si bien más lo es la legislación española, cuyos actos preparatorios y de naturaleza apologética se extienden a todos los delitos del Capítulo, y no únicamente a los delitos de terrorismo *stricto sensu*.

tipificación de la provocación indirecta, se dice, es colmar las lagunas que puedan darse en ese ámbito¹⁶⁷⁴.

Como se observa, el Derecho penal español ramifica en varios delitos distintos lo que la UE y el Consejo de Europa entienden como “provocación”. Por otro lado, el concreto delito español de enaltecimiento y justificación del terrorismo abarca más situaciones de enaltecimiento y justificación que las previstas en las normas europeas, pues en estas últimas los actos de provocación recaen únicamente sobre los delitos de terrorismo en sentido propio (lo que equivaldría en Derecho español a los del art. 573.1 y 2 CP), sin embargo, el CP español castiga el enaltecimiento y la justificación de cualquier delito comprendido en los arts. 572 a 577 CP o de quienes hayan participado en su ejecución.

Sobre este requisito europeo de *generación de un riesgo o creación de peligro* volveré más adelante, pues ha sido un elemento interpretativo crucial incorporado en reciente jurisprudencia.

1.4. La libertad de expresión y el enaltecimiento y justificación del terrorismo

El delito de enaltecimiento del terrorismo genera serias tensiones con algunos derechos fundamentales¹⁶⁷⁵. Fundamentalmente con la libertad de expresión, pero no únicamente, pues plantea colisiones también con el derecho de reunión y manifestación, la libertad ideológica¹⁶⁷⁶, a la información (incluso a la producción artística¹⁶⁷⁷), o a la

¹⁶⁷⁴ Consejo de Europa, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, de 16 de mayo de 2005, párr. 97.

¹⁶⁷⁵ Mucha doctrina sostiene que este tipo penal vulnera derechos fundamentales: CARBONELL MATEU, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, págs. 51-52; BAILONE, en: DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (Coord.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, pág. 542; NÚÑEZ CASTAÑO, *Los delitos de colaboración*, 2013, pág. 60; ACALE SÁNCHEZ, *Revista de Derecho penal*, N°26, 2018, pág. 236; MIRA BENAVENT, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pág. 304.

¹⁶⁷⁶ Entre las manifestaciones que conlleva la dimensión externa de la libertad ideológica se encuentra la libertad de expresión, y muy especialmente, figura la de expresar libremente lo que se piensa. A la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE le corresponde el correlativo derecho a expresarla que garantiza el art. 20.1 a).

¹⁶⁷⁷ En muchos de los casos más famosos y recientes de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas han sido condenados cantantes. Por ejemplo, la SAN 4/2017, de 21 de febrero (confirmada por la STS 79/2018, de 15 de febrero), condenó por delito de enaltecimiento del terrorismo al cantante de rap Valtonyc, por mensajes publicados en sus redes sociales y en sus letras tales como: “matando a Carrero ETA estuvo genial, a la mierda la palabra, viva el amonal”; “un pistoletazo en la frente de tu jefe está justificado o siempre queda esperar a que le secuestre algún GRAPO”; “quiero transmitir a los españoles un mensaje de esperanza, ETA es una gran nación”. Tales mensajes se entendieron como expresiones de apoyo y alabanza a las organizaciones terroristas GRAPO, ETA, y a algunos de sus

legalidad penal. A su vez, también genera reparos con respecto de algunos de los principios que deben regir el Derecho penal, como el de lesividad o el de proporcionalidad.

El enaltecimiento y justificación del terrorismo es el delito que más se ha estudiado y criticado doctrinalmente desde el prisma de su colisión con derechos fundamentales¹⁶⁷⁸, generalmente desde la perspectiva de la libertad de expresión. De hecho, es el único delito de terrorismo que han analizado el máximo intérprete

miembros, justificando su existencia, ensalzando sus acciones e incluso instando a la comisión de las mismas. El raperero lleva más de cuatro años exiliado en Bélgica, país que se niega a extraditarlo a España. Puede citarse el caso de Pablo Hásel, condenado por la SAN 3/2018, de 2 de marzo (confirmada por la STS 135/2020, de 7 de mayo) por delitos de injurias y calumnias a la Corona y a las instituciones del Estado y por enaltecimiento del terrorismo. Concretamente, por lo expresado por el cantante en 64 tuits, y en una canción de rap, publicada en Youtube. La SAN 34/2017, de 4 de diciembre (que confirma el TS), por su parte, condenó a varios miembros de un colectivo de raperos (“La Insurgencia”) por un delito de enaltecimiento del terrorismo, por hacer referencias a los GRAPO en sus canciones. También es muy conocido el caso de César Strawberry (absuelto por la SAN 20/2016, de 18 de julio, y condenado por la STS 4/2017, de 18 de enero, que fue anulada por la STC 35/2020, de 25 de febrero), el cual trato más adelante en el texto.

¹⁶⁷⁸ Entre muchos: CORRECHER MIRA, *RGDP*, N°27, 2017, págs. 1-16; GALÁN MUÑOZ, *Estudios penales y criminológicos*, N°38, 2018, págs. 245-304; BOZA MORENO, en: DEL CARPIO DELGADO/GARCÍA ÁLVAREZ (Coord.), *Derecho Penal: la espada y el escudo de los Derechos Humanos*, 2018, págs. 183-215; CABELLOS ESPIÉRREZ, *REDC*, Año 38, N°112, 2018, págs. 45-86; VALERO HEREDIA, *REDC*, Año N°41, N°122, 2021, págs. 367-388; ALCÁCER GUIRAO, *TEORDER*, N°32, 2022, págs. 44-67. Sin embargo, a pesar de la generalizada crítica a este delito, existe alguna voz en la doctrina que está de acuerdo con su tipificación. Por ejemplo, MAGDALENO ALEGRÍA, *RDP*, N°69, 2007, pág. 196, entiende el delito desde la perspectiva de la dimensión institucional de la libertad de expresión, y más en concreto, de la dimensión de libertad de expresión que se corresponde con la libre formación de la opinión pública. Considera que el art. 578 es plenamente acorde a la CE en tanto que las expresiones de justificación o exaltación de la violencia terrorista no contribuyen en nada a formar libremente la opinión pública, sino más bien a todo lo contrario. Como ya he señalado en este trabajo, en España “no tiene cabida un modelo de democracia militante” (entre otras, STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4), por lo que, para que unas expresiones sean consideradas delito, debe probarse que se produce con ellas, al menos, un riesgo de comisión de delitos. Lo demás, debe quedar al margen del Derecho penal, si se atiende al respeto de la libertad de expresión e ideológica, y a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad.

constitucional¹⁶⁷⁹ y el Tribunal de Estrasburgo¹⁶⁸⁰, lo que, obviamente, aporta mayores elementos para el análisis (y no ocurre con otros de los delitos que se analizan en este trabajo).

La situación fáctica del terrorismo en España en el momento de introducción de este delito era muy distinta a la actual (como también lo era de la de años en los que no existía esta previsión penal enaltecedora, siendo la actividad de ETA también intensa). Por ello llama poderosamente la atención la ligereza con la que este delito se ha aplicado en los últimos años, llevando ETA más de una década desaparecida¹⁶⁸¹. Ahora bien, la

¹⁶⁷⁹ En la primera de las sentencias que trató el delito de enaltecimiento del terrorismo, la STC 112/2016, de 20 de junio reconoce que “la concreta cuestión de la eventual incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión no ha sido todavía objeto de ningún pronunciamiento de este Tribunal mediante Sentencia”. Seguidamente, reconoce que la similitud estructural que presentan los tipos penales de la negación (declarado inconstitucional) y justificación del genocidio y el enaltecimiento y justificación del terrorismo y las tensiones de todos ellos con la libertad de expresión, le hace recordar la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que se analizó precisamente la constitucionalidad de los tipos de negación y justificación del genocidio. Afirmaba el TC que “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión” (FJ 9). Esa idea de la necesidad de que la justificación opere como una incitación indirecta a la comisión del delito fue la que determinó que la STC 235/2007 declarara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, ante la ausencia de ese elemento de incitación en su tipificación (FJ 8). E, igualmente, fue esa exigencia interpretativa de concurrencia de ese elemento de incitación en el delito de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, lo que permitió mantener su constitucionalidad (FJ 9 y fallo). Así, señaló que, “tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE en conexión con el art. 20 CE” (FJ 9). Años más tarde, volvió a tratar la cuestión en otro recurso de amparo, resuelto por la STC 35/2020, de 25 de mayo.

¹⁶⁸⁰ El concreto delito del art. 578 CP se trata en la STEDH, 5869/17, Caso Erkizia Almandoz contra España, 21 de junio de 2021.

¹⁶⁸¹ Son interesantes reflexiones en este sentido las contenidas en una entrevista al Magistrado Joaquim Bosch, *eldiario.es*, 3 de marzo de 2017, https://www.eldiario.es/politica/joaquim-bosch-entrevista-justicia_128_3552396.html (último acceso 19/03/2023): “Estamos en una etapa de recortes de libertades, de retroceso en materia de libertad de expresión. (...) Ahora se condenan discursos con poca capacidad para generar problemas al sistema político. Cuando ETA cometía asesinatos, llegaban a la AN unos tres casos al año por enaltecimiento del terrorismo. Ahora, que hace años que ETA ha dejado de matar, llegan más de 30. (...) Que el tribunal [la AN] mejor dotado de instrumentos, el que debe juzgar casos de una enorme relevancia, dedique un porcentaje tan importante a perseguir tuiteros, expresiones de mal gusto o chistes más o menos desafortunados, dice bastante del tiempo de retroceso de libertades que estamos viviendo. En un Estado de Derecho, en una democracia avanzada, nunca está justificado castigar opiniones. Solo está justificado cuando son incitaciones directas y claras a cometer actos violentos”.

(...) [Hablando del caso de los tuiteros] Esto refuerza un discurso de orden público de un poder político que tiene unas concepciones muy determinadas y que cree reforzar con estas muestras de mano dura. Pero se hace a costa de unos recortes de libertades que son realmente peligrosos.

creciente condena por delitos de enaltecimiento no es un hecho aislado, pues las sucesivas condenas por otros cuestionables constitucionalmente *delitos relacionados con actos comunicativos* están a la orden del día¹⁶⁸².

CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ distinguen dos fases de aplicación de este precepto desde su aprobación. Así, una primera fase sería aquella enfocada a actos de comunicación del entorno político (más o menos próximo) de ETA; y una segunda, que sería la que se ha producido desde la desaparición de ETA en 2011, en la que las conductas

(...) La reacción proporcionada a actuaciones que pueden ser desagradables y molestas debe ser el rechazo de la sociedad. Una reacción proporcionada en el ámbito jurídico se puede dar a través de medidas de tipo civil de reparación del honor. La injuria se resuelve en una acción penal privada que tiene consecuencias fundamentalmente de tipo económico. No es lo mismo que se resuelvan estos problemas entre particulares a que sea el Estado, a través de su maquinaria penal y represiva, el que disuada del ejercicio de estas opiniones. Esa es la diferencia.

(...) No es que al Gobierno se le haya ocurrido de repente utilizar el terrorismo de esta manera para legitimar su discurso político, sino que forma parte de un contexto general de castigo de la protesta motivada por el descontento ciudadano por las medidas económicas. Por eso se ha optado medidas disuasorias, como la Ley de Seguridad Ciudadana”.

¹⁶⁸² Tanto es así que el 6 de marzo de 2020, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común presentó una Proposición de LO de modificación del CP para la protección de la libertad de expresión. Su justificación radicaba en la deriva autoritaria a la que España asiste en los últimos años, que ha llevado a restringir de manera alarmante la libertad de expresión. Identifica como una de las vías que amordaza y reprime la libertad de expresión el cauce penal, y propone por ello la derogación y modificación de algunos preceptos (en concreto, propone la derogación de los siguientes delitos: delitos contra los sentimientos religiosos o de escarnio público del art. 525 CP; delitos contra la Corona de los arts. 490.3 y 491 CP; las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus CCAA o a sus símbolos o emblemas del art. 543 CP; las injurias al Gobierno, al CGPJ, al TC, al TS, o al Consejo de Gobierno o al TSJ de una Comunidad Autónoma y a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del art. 504 CP; delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo y humillación a las víctimas del art. 578 CP; y, por otro lado, propone una modificación del art. 510 CP y otra de la agravante 4ª del art. 22 CP). Como se acaba de ver, entre los preceptos a derogar se encuentra precisamente el art. 578 CP. Respecto de él, pone de manifiesto el Preámbulo de la norma los problemas de ambigüedad que plantea el enaltecimiento del terrorismo, pues el legislador no definió taxativamente el tipo penal y las resoluciones judiciales en la materia no presentan una unidad de criterio, lo que desemboca en un clima de inseguridad jurídica y en un efecto de desaliento para el ejercicio de determinados derechos fundamentales. Por otro lado, en un contexto en el que ni ETA ni GRAPO ni su entorno están ya activos, este precepto carece de sentido político criminalmente hablando (está constatado que durante los primeros once años de vida de este delito apenas hubo juicios por la comisión de delitos de enaltecimiento. No ha sido hasta el año 2011, justamente cuando ETA declaró el cese de su criminal actividad, cuando comenzaron a perseguirse estos delitos y, desde entonces, se han multiplicado exponencialmente los casos). Y continúa diciendo que nuestro ordenamiento penal dispone ya de otras figuras jurídicas, como la apología del art. 18 o el art. 170.2 CP (que castiga a los que reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas) en los que perfectamente se pueden encauzar los excepcionales casos que puedan ligarse a un terrorismo que sí está activo en Europa como es el yihadista. Por lo que respecta a la cuestión de las acciones tipificables como humillación a las víctimas del terrorismo, la derogación del art. 578 del CP no supondría ningún tipo de desprotección respecto de este colectivo, pues la Proposición de LO se reforma el agravante del art. 22 para introducir entre los colectivos protegidos al de víctimas del terrorismo, y, por otro lado, señala que ante cualquier conducta vejatoria o humillante a las víctimas existe para su protección el delito de injurias. Puede consultarse la mencionada proposición de LO en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-69-1.PDF y el procedimiento legislativo que sigue en: https://www.congreso.es/web/guest/proposiciones-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&iniciativas_mode=mostrarDetalle&iniciativas_legislatura=XIV&iniciativas_id=122/000124 (último acceso 19/03/2023).

a enjuiciar varían¹⁶⁸³, aunque pueden destacarse los siguientes extremos: la utilización de las redes sociales en su difusión; la poca o casi siempre nula vinculación de muchos de los implicados en los casos con alguna organización o grupo (o, si se quiere, “movimiento”) terrorista¹⁶⁸⁴; el contexto general de los mensajes vertidos, que aunque molestos, indignantes y ofensivos en muchos casos, se encuadran en situaciones de sátira, crítica social, e incluso, ficción.

La importancia que han adquirido las redes sociales como soporte para las supuestas expresiones enaltecedoras/justificadoras del terrorismo es capital. Además de por la propia agravación que introduce el legislador en el art. 578.2 CP, existen otros indicadores. Entre 2014 y 2016 la Guardia Civil lanzó la controvertida “Operación Araña”, que tenía como objetivo la investigación y posterior persecución de delitos de enaltecimiento del terrorismo (y otros delitos de expresión) que pudieran haber sido cometidos por medio de las redes sociales, sobre todo en Facebook y Twitter. Se trataba de operaciones prospectivas¹⁶⁸⁵ que consistían en la búsqueda de palabras clave en las mencionadas redes sociales. Si un usuario tenía varios mensajes publicados con determinadas palabras clave, era considerado para la investigación sobre enaltecimiento del terrorismo. Esta operación policial se desarrolló en cuatro fases, y sumó 77 detenciones y más de 40 condenas. Es ciertamente sintomático del estado de la libertad en nuestro país la utilización de los recursos policiales y judiciales en la persecución de mensajes en las redes sociales de ese modo. Dejando a un lado el altavoz que para esos mensajes supuso su investigación penal, pues la repercusión mediática de muchos de estos casos ha sido notable, y que hubieran quedado enterrados bajo los innumerables tuits y publicaciones posteriores.

La redacción del delito ha llevado en (demasiadas) ocasiones a interpretaciones por parte de los tribunales vulneradoras de derechos fundamentales. Utilizando simplemente el criterio de la literalidad, se han emitido sentencias que no analizan

¹⁶⁸³ CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio*, 2019, pág. 168-179.

¹⁶⁸⁴ Por ello concluye CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2020, n.m. 19075 que se produce actualmente una aproximación del delito, o, más bien, una desviación del alcance típico, a los delitos de expresión en el marco del llamado discurso del odio (art. 510 CP), a pesar de que el contexto de los delitos de terrorismo es, obviamente, muy distinto, y de que difícilmente pueden darse los requisitos que se han solido plantear respecto de estas infracciones (la existencia de un discurso focalizado en una minoría susceptible de persecución y discriminación). La conexión entre ambos, la estudian con detenimiento en: CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio*, 2019, *passim*.

¹⁶⁸⁵ Entiende que por ello son ilegales MIRA BENAVENT, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pág. 321.

realmente el contenido de los mensajes enaltecedores/justificadores o los valoran como un bloque, condenado por la “evidencia” de que son delictivos, sin más motivación¹⁶⁸⁶; o sentencias en las que, aunque existe una valoración con más detalle, solo se tiene en cuenta la literalidad de las expresiones¹⁶⁸⁷, no observan ni el autor ni el contexto en el que son vertidas las declaraciones a enjuiciar¹⁶⁸⁸ (por ejemplo, por declaraciones que incluían referencias a las desaparecidas organizaciones ETA y GRAPO, generalmente por personas que nada tenían o tienen que ver con ellas, y ni siquiera con su entorno más lejano). Estos aspectos se tornan nucleares si no se quiere entrar en el terreno de la vulneración de derechos fundamentales. Otras sentencias sí se han mostrado más restrictivas y por tanto más respetuosas con la libertad de expresión (sobre todo, a partir de la STC 112/2016, de 20 de junio). Aun así, esta jurisprudencia cambiante crea una fuerte inseguridad jurídica, pues no se sabe cuándo una estrofa de una canción, un tuit o un chiste serán considerados delito, lo que claramente ha producido (y produce) un efecto desalentador del ejercicio de la libertad de expresión en el resto de los ciudadanos.

La avalancha de casos enjuiciados por este delito en los últimos años, muchos de ellos finalizados por conformidad, ha avivado el debate sobre su compatibilidad con los

¹⁶⁸⁶ SAN 14/2015, de 25 de mayo: “La idoneidad tanto objetiva como subjetiva en la conducta desplegada por el acusado se hace evidente. Cualquier persona que lea o escuche tales expresiones y vea las fotografías puede verificar que, con las mismas, se está alabando o justificando bien a los autores de hechos terroristas o los propios hechos, así como menospreciando y humillando a víctimas de acciones terroristas (...)”; SAN 4/2016, de 1 de marzo: “Cualquier persona que lea tales expresiones y vea las fotografías puede verificar que, con las mismas, se está alabando o justificando bien a los autores de hechos terroristas (...)”.

¹⁶⁸⁷ Realiza un estudio sobre las sentencias de la AN y del TS con dichas características: CABELLOS ESPIÉRREZ, *REDC*, Año 38, N°112, 2018, págs. 63 y ss.

¹⁶⁸⁸ Sin ánimo de exhaustividad, pues los casos recientes de enaltecimiento del terrorismo son muy numerosos, pueden citarse algunos casos a modo de ejemplo. La SAN 9/2017, de 29 de marzo, condenó a Cassandra Vera, una usuaria de Twitter, por un delito de humillación a las víctimas del terrorismo (luego fue absuelta por el TS). Ella había publicado once tuits que contenían chistes sobre el asesinato por ETA del general franquista Carrero Blanco. La condena se basa en el entendimiento de que el delito del art. 578 CP no exige ninguna intencionalidad adicional, únicamente el dolo: “en cuanto a la intencionalidad, (...) el art. 578 CP solo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo; en otras palabras, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una merma de la reputación, aprecio y dignidad de las víctimas del terrorismo y sus familiares”. La SAN 34/2017, de 4 de diciembre (que confirma el TS), condenó a varios miembros de un colectivo de raperos (“La Insurgencia”) por un delito de enaltecimiento del terrorismo, que hacían referencias a los GRAPO en sus canciones. La SAN 29/2016, de 8 de noviembre (revocada por la STS 378/2017, de 25 de mayo, al aplicar la doctrina de la STC 112/2016, de 20 de junio). Un sujeto es condenado por un delito de enaltecimiento del terrorismo por las siguientes publicaciones en una red social: “Viva los GRAPO”; “Llámame terrorista si grito VIVA LOS GRAPO!!!”; y una imagen en la que aparecen representados varios empresarios y donde se puede leer “¡Ojalá vuelvan los GRAPO, y os pongan de rodillas!”. Según la AN, las anteriores publicaciones devienen suficientemente expresivas de una voluntad concreta de alabar y justificar las acciones de concretas organizaciones terroristas: en concreto de los GRAPO. Se ensalza determinadas acciones contra quienes han sido sus objetivos principales: empresarios, lo que complementa la justificación de la violencia para la consecución de concretos objetivos.

postulados constitucionales, lo que ha derivado en la imposición de ciertos requisitos por parte del TC a la hora de aplicar el delito. Se exige un previo examen sobre la libertad de expresión en el caso enjuiciado, y, por vía exegética, se introducen a partir de la STC 112/2016, de 20 de junio, varios requisitos adicionales que no encuentran acomodo en el tenor literal del art. 578 CP y que el TC extrae de su propia jurisprudencia, de la jurisprudencia del TEDH y de las normas europeas en materia de provocación al terrorismo.

1.4.1. Necesidad de previo examen de la libertad de expresión, adecuado al caso concreto

Ya se ha señalado más arriba que tanto el TC como el TEDH consideran que con el castigo del enaltecimiento se pretende la interdicción del “discurso del odio”, consistente en la alabanza o justificación de acciones terroristas. Según la STS 224/2010, de 3 de marzo, tal “discurso del odio” terrorista de ningún modo puede quedar bajo la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE), pues el terrorismo constituye la vulneración más grave de los derechos humanos de aquella comunidad que lo sufre, basa su discurso “en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades”. Pero también reconoce que este tipo penal, en la medida que constituye una figura que desborda la apología clásica¹⁶⁸⁹, puede adentrarse en la zona delicada de la sanción de opiniones. Así, la labor judicial, caso por caso, habrá de examinar tanto las concretas frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio *favor libertatis* debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la sociedad democrática. Pues como destaca la STS 676/2009, de 5 de junio, “no se trata de criminalizar opiniones discrepantes, sino de combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave

¹⁶⁸⁹ No queda claro a qué se refiere, si a la apología como provocación del art. 18 CP, o a la apología que sí constituiría un delito de opinión.

quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando de este modo contra el sistema democrático establecido”. Todo ello lleva al TS a la conclusión de que el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología clásica del art. 18 CP, pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. Se encontraría en una *zona intermedia* que debe concretarse cuidadosamente caso a caso y solo así se podría sostener la constitucionalidad de dicho delito. Pero *¿cuál es esa zona intermedia?* precisamente la interdicción del “discurso del odio” al que antes me he referido, diferenciando el derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la CE también protege a quienes la niegan, lo que nada tiene que ver con la alabanza de los actos terroristas o la apología de sus verdugos¹⁶⁹⁰.

Ahora bien, como se ha señalado, el TC implementa a partir de 2016 una línea interpretativa jurisprudencial con respecto del enaltecimiento de terrorismo que debe utilizarse para que no se produzcan vulneraciones de la libertad de expresión, pues, a pesar de la opinión del TS antes transcrita, por supuesto que este delito puede suponer la vulneración de la libertad de expresión (y de otros derechos fundamentales), y esa *zona intermedia* de la que habla no cuenta en absoluto con unas claras fronteras. La primera resolución en la que fija la interpretación a la que me refiero, como reconoce el TC mismo, es la STC 112/2016, de 20 de junio¹⁶⁹¹.

Para la implementación de esta interpretación, que se va a ir desgranando a lo largo de las páginas siguientes, es crucial como antecedente la STC 177/2015, de 22 de julio, que, aunque referida al delito de injurias a la Corona¹⁶⁹², contiene extremos

¹⁶⁹⁰ STS 224/2010, de 3 de marzo.

¹⁶⁹¹ Trata el Caso Tasio Erkizia. La SAN 24/2011, de 3 de mayo, condenó a este sujeto como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo a la pena de un año de prisión y siete años de inhabilitación absoluta. Los hechos enjuiciados acaecieron el 21 de diciembre de 2008 en un acto en recuerdo y homenaje del responsable de la organización terrorista ETA “Argala”, de cuyo asesinato en Francia por el Batallón Vasco Español se cumplían 30 años. Tasio Erkizia participó como principal orador en dicho acto, y, según la SAN, pidió en su discurso una “reflexión para escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático”, y terminó con gritos de “Gora Euskal Herria Askatuta”, “Gora Euskal Herria euskalduna” y “Gora Argala”. La STS 180/2012, de 14 de marzo confirmó la condena, que fue recurrida ante el TC en amparo por vulneración de la libertad de expresión, que fue desestimado. Esta STC 112/2016, de 20 de junio, fue recurrida ante el TEDH, tribunal que sí dictaminó la violación del art. 10 CEDH en su STEDH 5869/17, Caso Erkizia Almandoz contra España, de 21 de junio de 2021. Sobre ella vuelvo en el texto más adelante.

¹⁶⁹² El asunto se refiere a la condena por injurias a la Corona de dos personas que quemaron una fotografía de los reyes de España en una manifestación pública durante una visita oficial del rey a Girona en septiembre de 2007. El caso acabó recurrido en amparo ante el TC, siendo desestimado por no enmarcarse en el ámbito de la libertad de expresión y de opinión, considerando que los demandantes eran culpables de incitación al odio y a la violencia contra el rey y contra la monarquía. Enric Stern Taulats y

interpretativos extrapolables al enaltecimiento del terrorismo y así los ha trasladado el TC en resoluciones posteriores, como en la mencionada STC 112/2016, de 20 de junio o en la también esencial STC 35/2020, de 25 de mayo.

La STC 177/2015, de 22 de julio, en su FJ 2 declaró que el órgano judicial debe valorar “como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión¹⁶⁹³ y, en consecuencia,

Jaume Roura Capellera, los condenados, recurrieron al TEDH por vulneración del art. 10 CEDH. El Tribunal de Estrasburgo declaró que el acto cometido por los demandantes formaba parte de una crítica política, no personal, de la monarquía en general, y del Reino de España como nación en particular. Indicó igualmente que se enmarca en los *actos de provocación* que estaban siendo progresivamente “escenificados” con el fin de atraer la atención de los medios, y que no fueron más allá del uso de cierto nivel permitido de provocación para transmitir un mensaje crítico en el marco de la libertad de expresión. Concluye además el TEDH la desproporción de la pena de prisión al objetivo legítimo perseguido (proteger la reputación o los derechos de otros) y su innecesariedad en una sociedad democrática.

¹⁶⁹³ Se reitera en esta Sentencia, como es jurisprudencia consolidada del TC y el TEDH (y como ya se ha dicho en la *Primera Parte* de este trabajo), que los derechos no son absolutos: “la libertad de expresión tiene sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional”. La jurisprudencia constitucional respecto al derecho a la libertad de expresión es muy amplia. Se dice que este derecho tiene una doble dimensión, como derecho fundamental a expresar las propias opiniones sin intromisión y un carácter institucional. Así, el TC ha declarado que “es ante todo un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la ley e incluso frente a la propia ley si ésta intentara fijar otros límites distintos de los que la CE admite”. Y, por otro lado, “significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político como valor fundamental y requisito del funcionamiento del Estado democrático” (STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3). Sin esta garantía de una comunicación pública libre, quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la CE consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de libertad democrática del art. 1.2 CE (STC 6/1981, de 16 de marzo). Este derecho fundamental a la libertad de expresión, aunque debe ser interpretado extensivamente, tiene como los demás límites que se fundan en lo dispuesto en el art. 20.4 CE. Entre ellos el de que no se puede a través de su ejercicio cometer hechos punibles [aunque ciertamente esto no sería un límite, sino simple y llanamente sería una conducta que no entraría dentro del campo de ejercicio del derecho], como son la legitimación de acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales, que puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes (STS 656/2007, de 17 de junio).

La doctrina del Tribunal del Consejo de Europa sobre la libertad de expresión (art. 10 CEDH) también es muy extensa y casuística. Sostiene el TEDH que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, una de las condiciones principales de su progreso y del desarrollo de la persona”, pero, por supuesto, no es un derecho ilimitado. En virtud del art. 10.2 CEDH su ejercicio “podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. Con estas salvedades, la libertad de expresión no solo cubre las informaciones o ideas aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que molestan, chocan o inquietan; así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no hay sociedad democrática. No obstante, allí donde las declaraciones litigiosas inciten al uso de la violencia con respecto a un individuo, un representante del Estado o una parte de la población, las autoridades nacionales gozan de un margen de aplicación más amplio en su examen de la necesidad de una inferencia en el ejercicio de la libertad de expresión (entre otras, STEDH, 26682/95, Caso Sürek contra Turquía, de 8 de julio de 1999).

se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión, lo que determina que “la ausencia de ese examen previo al que está obligado el juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible” y “constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración”. Y sigue con dos consideraciones generales que ya se han descrito en la *Primera Parte* de este trabajo: por un lado, que “es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (STC 185/2003, de 27 de octubre); y, por otro, que el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden “reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal” (STC 110/2000, de 5 de mayo). Además, la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone “la necesidad de que (...) se deje un amplio espacio” (STC 121/1989, de 3 de julio), al disfrute de las libertades de información y expresión (STC 190/1996, de 25 de noviembre).

En relación con este elemento caracterizador, en la STC 177/2015, de 22 de julio, se afirmó que, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de “dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia” (FJ 4). Igualmente se recordaba la STC 136/1999, de 20 de julio: “no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia

excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre” (FJ 4).

La STC 35/2020, de 25 de mayo, termina por fijar y desarrollar este requisito interpretativo de examen de la libertad de expresión, y precisa lo siguiente con respecto a la falta de examen o a su realización de forma inconsistente: “(i) que la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables han de ser consideradas de por sí lesivas del derecho fundamental y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada; (ii) que han de quedar equiparadas las consecuencias de esa omisión a los supuestos en que la ponderación resultara manifiestamente carente de fundamento; y (iii) que ese examen preliminar también corresponde hacerlo al juez penal en el caso de sanciones penales como cuestión previa a la aplicación del tipo penal”. Por tanto, la labor de control de constitucionalidad que bajo la invocación del derecho a la libertad de expresión debe desarrollarse en este tipo de supuestos debe quedar limitada, antes de entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal (que, en su caso, serán objeto de control bajo la invocación del derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE), a verificar si las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal, han valorado como cuestión previa si la conducta que se enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en ese marco de valoración, han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso, pues así lo impone el principio de supremacía de la CE y de respeto a los derechos fundamentales.

1.4.2. Hacia una interpretación restrictiva: el elemento intencional y la generación de un riesgo de comisión

A. *La STC 112/2016, de 20 junio, y el entendimiento del enaltecimiento como un “delito de clima”*

Además de imponerse este previo examen sobre la libertad de expresión, ya he adelantado que a partir de la STC 112/2016, de 20 de junio, el TC exigen por vía interpretativa otros requisitos adicionales para la apreciación de la conducta típica, los cuales no figuran en modo alguno en la literalidad del art. 578 CP. Estos requisitos los ha desarrollado el TC a partir de su propia jurisprudencia (concretamente, de la STC

235/2007, de 7 de noviembre y de la STC 177/2015, de 22 de julio), de la jurisprudencia del TEDH y de las normas europeas en materia de provocación al terrorismo.

Los tres requisitos que fija, al menos formalmente, dicha Sentencia, son los siguientes: un examen previo de la libertad de expresión; la existencia de una intención de incitar al terrorismo como “elemento tendencial”, aunque sea *indirectamente*; y como consecuencia de dichas expresiones, debe generarse o crearse una situación de riesgo de comisión de delitos de terrorismo¹⁶⁹⁴.

Así, esta STC reconoció que “la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 (...) supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por *propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades*”. Esa interpretación del enaltecimiento trae causa de la exigencia europea de la generación de un riesgo en la figura de la provocación al terrorismo, que ya se venía exigiendo desde la DM 2008/919/JAI¹⁶⁹⁵. Recuerdo aquí que el art. 5 y el Considerando (10) de la Directiva 2017/541 y el art. 5.1 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo de 2005 disponen que la tipificación de la provocación pública para cometer delitos de terrorismo exige como requisito la *generación de un riesgo* o la *creación de peligro*.

La STC 112/2016, de 20 de junio, abre una senda interpretativa restrictiva para desterrar el entendimiento del delito de enaltecimiento del terrorismo como un delito meramente ofensivo, entendiendo el enaltecimiento como la manifestación de un discurso incitador, de forma directa o indirecta. Eso sí, la STC 112/2016, de 20 de junio, conecta la incitación indirecta, con la creación “de climas”¹⁶⁹⁶: “Incitar supone siempre llevar a cabo una acción que *ex ante* implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta

¹⁶⁹⁴ Ello lo ha designado el TS como el “canon aplicativo de constitucionalidad” (STS 378/2017, de 25 de mayo).

¹⁶⁹⁵ El Relator Especial, en su Informe A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de enero de 2008 sobre España ya advirtió que: “(...) la punibilidad de la incitación al terrorismo debe presuponer la intención de incitar a la comisión de un delito de terrorismo y también la existencia de un riesgo real de que, por efecto de esta incitación, se cometa un delito de esa naturaleza. d) Que el delito de enaltecimiento que actualmente se contempla en el art. 578 se revise de manera que se aplique exclusivamente a los actos que tengan por objeto incitar a la comisión de un delito de terrorismo, con el riesgo de que se cometa efectivamente dicho delito. A ese respecto, el Relator Especial opina que las declaraciones de otro carácter, que podrían encuadrarse también en el concepto de ‘apología’, no deberían perseguirse en el ámbito del Derecho penal”.

¹⁶⁹⁶ CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 857; ROLLNERT LIERN, *REP*, N°109, 2020, pág. 220; ALCÁCER GUIRAO, *TEORDER*, N°32, 2022, págs. 47 y ss.

violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado *caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas*, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos: fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social. Por consiguiente, es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia”. Además, la STC 112/2016, de 20 de junio, invoca la STC 235/2007, de 7 de noviembre¹⁶⁹⁷, que declaraba lo siguiente: “cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un *clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación*¹⁶⁹⁸. La categoría de los “delitos de clima” fue descrita por JAKOBS, y se refiere a ciertos delitos que implican actos comunicativos capaces de generar “un ‘clima’ en el que pueden prosperar delitos de la misma índole que el que ha sido objeto de aprobación”¹⁶⁹⁹.

Sin embargo, el entendimiento de la incitación indirecta en este delito como la creación de climas tampoco parece aceptable, pues conlleva realmente el mantenimiento de la previa concepción del enaltecimiento como un delito meramente ofensivo, suponiendo una limitación desproporcionada de la libertad de expresión¹⁷⁰⁰. Tomar la figura de la “incitación indirecta” como cláusula exegética de lesividad para identificarla después con la mera contribución a la creación de climas pervierte el presupuesto del que se parte con dicha figura, que es el de limitar el castigo a los supuestos en los que la conducta expresiva genera un riesgo idóneo de incitación a la comisión de delitos de

¹⁶⁹⁷ “Por la similitud estructural que presentan ambos tipos penales y por su incidencia sobre el derecho fundamental invocado, resulta necesario recordar la STC 235/2007, de 7 de noviembre”.

¹⁶⁹⁸ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 9.

¹⁶⁹⁹ JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pág. 314.

¹⁷⁰⁰ ALCÁCER GUIRAO, *TEORDER*, N°32, 2022, págs. 57-58; CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 857. LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, pág. 468, se decantaba, de *lege lata* (de *lege ferenda*, abogaba por la derogación del precepto) por la interpretación del delito de enaltecimiento como un delito de clima que exige una incitación indirecta, eso sí, entendiendo tal como: “las conductas que fueran idóneas para incidir sobre los comportamientos de los sectores más radicales e influenciados de la población, debido a la relevancia social del sujeto activo del hecho, al contenido apologeta de sus manifestaciones y a la trascendencia pública del ámbito de actuación”, lo que, en realidad, no supone una identificación del delito como meramente ofensivo, aunque lo entienda como un delito de clima.

terrorismo¹⁷⁰¹. De hecho, en la STC 112/2016, de 20 de junio, el TC no concedió el amparo¹⁷⁰², condenando el TEDH por ello a España en su STEDH 5869/17, Caso Erkizia Almandoz contra España, de 21 de junio de 2021¹⁷⁰³.

Alguna doctrina se decanta por una comprensión más restrictiva de la incitación indirecta como requisito, y por exigir un riesgo inminente de realización de actos de terrorismo¹⁷⁰⁴. La STC 35/2020, de 25 de febrero, que anuló la condena impuesta al cantante César Strawberry por la STS 4/2017, de 18 de enero, o la STEDH 5869/17, Caso Erkizia Almandoz contra España, de 21 de junio de 2021, pueden coadyuvar a esa interpretación.

B. *La STC 35/2020, de 25 de febrero y la finalidad de incitar*

La SAN 20/2016, de 18 de julio, absolvió al recurrente en amparo, el cantante César Strawberry, del delito de enaltecimiento del terrorismo del que venía siendo acusado por la publicación de varios mensajes en su cuenta de Twitter¹⁷⁰⁵. El argumento principal de la absolución era que no había quedado acreditado que “César Montaña Lehman con estos mensajes buscara defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas”.

Ello lo deduce el tribunal del estudio del contexto de los mensajes, de algunos testimonios, y de otros hechos como la trayectoria profesional del autor de los tuits, otorgando relevancia decisiva a su actitud e intención, de las que no puede deducirse que defienda a una organización terrorista.

¹⁷⁰¹ ALCÁCER GUIRAO, *TEORDER*, N°32, 2022, pág. 57.

¹⁷⁰² Es muy valioso en este sentido el voto particular formulado por el Magistrado Xiol Ríos, que viene a denunciar que el TC, después de fijar los requisitos restrictivos del delito, en realidad no los aplica al caso concreto.

¹⁷⁰³ Ver n.p.

¹⁷⁰⁴ ALCÁCER GUIRAO, *TEORDER*, N°32, 2022, págs. 5; PORTILLA CONTRERAS, en: DE VICENTE MARTÍNEZ/GÓMEZ INIESTA/MARTÍN LÓPEZ/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/NIETO MARTÍN (Ed.), *LH Arroyo Zapatero*, Vol. I, 2021, págs. 595-596.

¹⁷⁰⁵ Los tuits tenían en siguiente tenor: “1º El 11 de noviembre de 2013, a las 21:06 horas: ‘el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO’. / 2º El día 27 de enero de 2014, a las 20:21 horas: ‘a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora’.

3º El día 30 de enero de 2014, a las 0:23 horas: ‘Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina’. / 4º El día 29 de enero de 2014, a las 0:07 horas: ‘Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado’. / 5º El 20 de diciembre de 2013, a las 23:29 horas: ‘Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco’. / 6º El día 5 de enero de 2014, a las 23:39 horas: ‘Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción!’ Otro usuario le dice: ‘ya tendrás el regalo preparado no? Qué le vas a regalar?’ A lo que contesta: ‘un roscón-bomba’”.

El Ministerio Fiscal interpuso un recurso de casación ante el TS por la indebida inaplicación del art. 578 CP. El citado recurso fue estimado por la STS 4/2017, de 18 de enero, que condenó al cantante como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas (art. 578 CP), a la pena de un año de prisión, con seis años y seis meses de inhabilitación absoluta.

La diferencia más significativa entre las dos sentencias (la absolutoria y la condenatoria) es la interpretación del elemento subjetivo del art. 578 CP. Según el TS, “el art. 578 CP solo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo”, por lo que “la afirmación de que César Montaña no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba despreciar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad”, pues “la estructura típica del delito previsto en el art. 578 CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación”. Por último, advierte que “afirmaciones como las difundidas en la red por César Montaña alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano”.

Por su parte, el TC, en cuanto a la alegada vulneración de la libertad de expresión, comienza transcribiendo su doctrina sobre este derecho, describiendo su dimensión institucional en cuanto que garantía para la formación y existencia de una opinión pública libre, que la convierte en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática; y su carácter privilegiado. También apela a su condición de derecho limitado ante algunas circunstancias, como ante manifestaciones alentadoras de la violencia, citando su propia STC 112/2016, de 20 de junio.

El TC reconoce que la STS por la que se recurre en amparo realiza un examen de la eventual afectación en el caso concreto del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión del acusado. Ahora bien, el análisis realizado, a juicio del TC, es insuficiente desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, ya que no pondera con la intensidad exigida por la jurisprudencia constitucional las circunstancias concurrentes en el caso. Se observa la ausencia de consideraciones en relación con la dimensión institucional de la libertad de expresión: la valoración de la importancia de los mensajes controvertidos desde el punto de vista de la formación de la opinión pública libre y del intercambio de ideas en consonancia con el pluralismo propio de una sociedad

democrática; la ponderación de si tales mensajes son susceptibles de ser interpretados como manifestaciones de adhesión a opciones políticas legítimas; consideraciones acerca de si la condena penal de los mensajes podría producir un efecto desaliento o acarrear la desnaturalización del derecho a la libertad de expresión por parte de quienes se propongan ejercitarla mediante la utilización de medios o con contenidos similares; el estudio sobre si el contenido y la finalidad de los mensajes, su autoría, contexto y circunstancias de quien los emite y de sus destinatarios, es equiparable a la defensa de actitudes violentas contra el orden legal y constitucional. Frente a la falta de consideraciones de esta naturaleza, se advierte que en la resolución impugnada se afirma de forma concluyente que resultaba irrelevante ponderar cuál era la intención del recurrente al emitir sus mensajes, su trayectoria profesional como artista y personaje influyente, el contexto en que se emitían los mensajes o el mantenimiento de una línea de coherencia personal de condena de la violencia como medio de solución de conflictos.

El TC, aun reconociendo los aspectos reprobables de los tuits formulados por el recurrente, estima que el imperativo constitucional de respeto a la libertad de expresión impide categóricamente extraer conclusiones penales de estos elementos sin ponderar también el hecho de que los expresados tuits son susceptibles de ser interpretados como producto de la intencionalidad crítica en el terreno político y social. En suma, el TC considera que la sentencia condenatoria no cumplió con la exigencia de valoración previa de si la conducta enjuiciada era una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, al negar la necesidad de valorar, entre otros aspectos, la intención comunicativa del recurrente en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes emitidos. Y esta omisión constituye por sí misma una vulneración del derecho a la libertad de expresión del demandante de amparo.

Aunque estoy de acuerdo con el fondo de la conclusión a la que llega nuestro TC, en el sentido de que su interpretación del delito de enaltecimiento del terrorismo es más respetuosa con la libertad de expresión, dado que un entendimiento literal del art. 578 CP lleva a su vulneración, no alcanzo a discernir adecuadamente bajo qué potestad actúa al realizar esa interpretación y qué consecuencias jurídicas conlleva. Primero, porque está elaborando una interpretación de una norma infraconstitucional, lo que no le corresponde a él sino a los órganos judiciales ordinarios¹⁷⁰⁶. Y segundo, porque al tratarse de la

¹⁷⁰⁶ Sí reconoce la STC 35/2020, de 25 de febrero, que “no corresponde a nuestra jurisdicción pronunciarnos sobre si la intención perseguida con los mensajes enjuiciados se integra como elemento en

resolución de un recurso de amparo y no de un control abstracto de constitucionalidad, no nos encontraríamos ante una sentencia interpretativa¹⁷⁰⁷. Los efectos que tienen las sentencias estimatorias de los recursos de amparo son los que les confiere el art. 55.1 LOTC, que pueden ser, la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución impugnado, el reconocimiento del derecho o libertad pública vulnerado y el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación. Lo que debería haber hecho el TC, a mi juicio, es utilizar la vía que le ofrece el art. 55.2 LOTC, la llamada autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad, que le hubiera permitido declarar la inconstitucionalidad del precepto (siguiendo el procedimiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, reguladas en el Capítulo III de la LOTC). Si el TC entiende que el delito del art. 578 vulnera la libertad de expresión si no se lo dota de los requisitos que él mismo fija, pero que en absoluto están presentes en el tenor literal del tipo penal, los tribunales ordinarios podrán seguir realizando interpretaciones literales.

C. *La STEDH 5869/17, Caso Erkizia Almandoz contra España, de 21 de junio de 2021 y el requisito del contexto de riesgo*

La AN condenó a Tasio Erkizia Almandoz, un político de Herri Batasuna hasta 2001, como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo a la pena de un año de prisión y siete años de inhabilitación absoluta. Los hechos enjuiciados acaecieron el 21 de diciembre de 2008 en Arrigorriaga en un acto en recuerdo y homenaje del miembro de ETA “Argala”¹⁷⁰⁸, que había sido asesinado en Francia por la organización terrorista de

el tipo objeto de acusación. Ahora bien, desde la perspectiva de la exigencia constitucional de ponderar previamente la eventual concurrencia de una conducta susceptible de ser integrada en el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión, aquella intención, en ausencia de otros factores que puedan ser reveladores respecto de los restantes elementos a que se ha hecho referencia, lejos de constituir una falacia, resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho”; o que “la resolución impugnada, (...), se desenvuelve ciertamente en el ámbito de la interpretación que corresponde al juez penal sobre el ámbito subjetivo del tipo objeto de la acusación, pero desatiende elementos que, dadas las circunstancias, resultaban indispensables en la ponderación previa que el juez penal debe desarrollar en materia de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental” (FJ 5).

¹⁷⁰⁷ Sí califica la STC 112/2016, de 20 de junio, como una sentencia interpretativa, VALERO HEREDIA, *REDC*, Año N°41, N°122, 2021, pág. 374.

¹⁷⁰⁸ SAN 24/2011, de 3 de mayo. La AN consideró probado que el acto era un homenaje a Argala, extrayendo esta conclusión de las diversas manifestaciones de veneración y respeto que habían tenido lugar, incluyendo actuaciones de música, poesía y danza en su honor, así como de las circunstancias concretas en las que se habían producido, como la colocación de claveles rojos ante su fotografía colocada en un

ultraderecha Batallón Vasco Español treinta años atrás. Erkizia participó como principal orador en dicho acto, y, según la AN, pidió en su discurso una “reflexión para escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático”, y terminó con gritos de “Gora Euskal Herria Askatuta”, “Gora Euskal Herria euskalduna” y “Gora Argala”¹⁷⁰⁹. El TS confirmó en 2012 la condena¹⁷¹⁰, que fue recurrida en amparo ante el TC por la vulneración de la libertad de expresión de Erkizia. El recurso fue desestimado por la STC 112/2016, de 20 de junio, y esta, a su vez, fue recurrida ante el TEDH.

El Tribunal de Estrasburgo dictaminó la violación del art. 10 CEDH en su STEDH 5869/17, Caso Erkizia Almandoz contra España, de 21 de junio de 2021. Lo hizo aplicando una serie de principios y criterios a tener en cuenta en las limitaciones de la libertad de expresión por medio del Derecho penal.

Para determinar si ha habido discurso del odio, hay que tener en cuenta una serie de factores: 1) Si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso. Si este es el caso, el Tribunal generalmente acepta que alguna forma de injerencia con tales declaraciones puede estar justificada; 2) La cuestión de si el discurso, debidamente interpretado y evaluado en su contexto inmediato o más amplio, puede considerarse un llamamiento directo o indirecto a la violencia o una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia. Al considerar esta cuestión, el Tribunal es especialmente sensible con las declaraciones categóricas que atacan o denigran a colectivos enteros, ya sean étnicos, religiosos o de otro tipo; 3) El Tribunal también tiene en cuenta la forma en que se hicieron las declaraciones y su capacidad, directa o indirecta, de causar daño. Suele ser, la combinación de estos diferentes factores, y no uno de ellos por separado, lo que desempeña un papel decisivo en el resultado.

En cuanto al caso concreto, el TEDH asume que el discurso de Erkizia se enmarcaba en un debate público y de interés general, en el contexto social español, y en

caballete en el escenario. La AN declaró que el hecho había sido ampliamente difundido, por lo que existía la repercusión pública necesaria para su apreciación como delito.

¹⁷⁰⁹ El discurso completo pronunciado por Erkizia figura en el párr. 8 de la STEDH 5869/17, Caso Erkizia Almandoz contra España, de 21 de junio de 2021.

¹⁷¹⁰ STS 180/2012, de 14 de marzo. El TS consideró que la AN había examinado el contexto en el que se había pronunciado el discurso del demandante, y declaró que no era el contenido del discurso como tal lo que lo hacía incompatible con el derecho a la libertad de expresión, sino los actos realizados en honor a Argala. Señaló que el acto había consistido, de hecho, en un homenaje con la participación principal del recurrente, que incluso había gritado al final de su discurso “Gora Argala”, lo que no estaba protegido por el derecho a la libertad de expresión.

particular en el del País Vasco, pues Erkizia era una persona de cierta importancia política en el momento de los hechos a pesar de que en ese momento no actuaba en calidad de político. El TEDH afirma que las declaraciones del demandante se realizaron en un contexto político y social tenso, pues la organización terrorista ETA todavía estaba activa. En cuanto a si el discurso constituía una llamada directa o indirecta a la violencia, el TEDH considera que, leído en conjunto, el discurso no incitaba a la utilización de la violencia o a la resistencia armada ni directa ni indirectamente. El TEDH aprecia, en particular, que el demandante abogaba por acudir al camino democrático para alcanzar sus objetivos políticos, aun haciéndose cargo de que algunas de las expresiones del recurrente presentaban cierta ambigüedad. Por último, en lo que respecta al tercero de los criterios que caracterizan un discurso del odio, es decir, la forma en que se hicieron las declaraciones y su capacidad directa o indirecta de causar daño, el Tribunal observa que las declaraciones del demandante se realizaron oralmente en un acto al que asistieron partidarios del movimiento independentista vasco, de cuyas declaraciones no se desprende una especial tendencia de causar daño.

Teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon el acto en cuestión, el TEDH concluye que el discurso del demandante no supuso un “discurso del odio”. Aunque el discurso se pronunció en el marco de un acto de homenaje a un miembro de la organización terrorista ETA, el Tribunal no puede concluir que el demandante tratara de justificar actos terroristas o de enaltecer el terrorismo. Por el contrario, de sus palabras se desprende que abogaba por el emprendimiento de la vía democrática, aun estando todavía ETA en activo.

Por último, reitera el TEDH que la naturaleza y la gravedad de las penas impuestas son también factores que deben tenerse en cuenta al apreciar la proporcionalidad de la injerencia. El Tribunal subraya que una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco de un debate político solo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales y que el elemento esencial que debe tenerse en cuenta es si el discurso insta a usar la violencia o constituye un discurso de odio. El Tribunal ya ha concluido que no se da ninguno de esos supuestos, por lo que su condena no puede considerarse una medida “necesaria en una sociedad democrática”.

El juez Lemmens formuló un voto particular a la STEDH 5869/17, Caso Erkizia Almandoz contra España, de 21 de junio de 2021. Aun de acuerdo con la conclusión del Tribunal, el juez expresó, con razón, que, “mientras que mis colegas sitúan la vulneración

[del art. 10 CEDH] únicamente en el nivel de las decisiones de los tribunales nacionales, en mi opinión ya está en el nivel de la legislación aplicable”. Al analizar el art. 578 CP, el juez declara que su redacción es demasiado amplia teniendo en cuenta los términos del CEDH. Tipifica como delito el enaltecimiento o la justificación del terrorismo, sin exigir que la opinión expresada pueda considerarse incitación a la violencia o discurso de odio, y, sin embargo, esta consideración es un “elemento esencial” de la justificación de la injerencia basada en la exaltación del terrorismo. Declara el juez que hubiera sido preferible que el TEDH afirmara explícitamente que el problema de la injerencia desproporcionada tiene su origen en la propia ley.

D. Los criterios para tener en cuenta en la evaluación del riesgo

Existen distintos instrumentos, además de los jurisprudenciales citados, de los que pueden extraerse criterios para la interpretación de los elementos de la intencionalidad y de la intensidad del riesgo.

Así, en primer lugar, el Considerando (10) de la Directiva 2017/541 es de vital importancia, pues indica que, en cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo, se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso: el autor, el destinatario del mensaje y el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional.

Asimismo, el Consejo de Europa, en la Recomendación N°15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia relativa a la lucha contra el discurso de odio y su memorándum explicativo se ocupa de la evaluación de la intencionalidad y el riesgo: “13. (...) excluye de forma explícita de la definición de discurso de odio, cualquier forma de expresión, tales como la sátira o informes o análisis realizados de forma objetiva, que simplemente ofenden, dañan o molestan (...); 14. (...) El elemento de incitación significa que o bien existe una intención clara de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio; 15. Se puede considerar que existe intención de incitar cuando la persona que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador. (...); 16. Para evaluar si existe o no el

riesgo de que se produzcan estos actos hay que tener en cuenta las circunstancias específicas en las que se utiliza el discurso de odio. Concretamente, hay que tener en cuenta: a) el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad); b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad); c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación); d) el contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate); e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y f) la naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación)”.

La ponderación de la incidencia que sobre la libertad de expresión puede tener la condena por este tipo de delitos también ha sido recogida por la jurisprudencia del TEDH, resultando relevantes los siguientes aspectos: el mayor o menor impacto de difusión pública dependiendo de la naturaleza de la conducta desarrollada¹⁷¹¹; las circunstancias personales de quien realiza la conducta¹⁷¹²; que la conducta desarrollada coincidiera en el tiempo con actos terroristas¹⁷¹³ o que se acreditara un contexto de violencia en que esa manifestación hubiera tenido alguna influencia¹⁷¹⁴; o el contenido de las concretas manifestaciones proferidas, destacando que la valoración debe ser especialmente cautelosa cuando, aunque se trate de tonos hostiles e incluso de la defensa de objetivos contrarios al orden legal y constitucional establecidos, no puedan ser identificados como defensa de actitudes violentas en la consecución de esos objetivos¹⁷¹⁵.

¹⁷¹¹ STEDH 24919/94, Caso Gerger contra Turquía, de 8 de julio de 1999; STEDH 36109/03, Caso Leroy contra Francia, de 2 de octubre de 2008.

¹⁷¹² STEDH 11798/85, Caso Castells contra España, de 23 de abril de 1992; STEDH 2034/07, Caso Otegi Mondragón contra España, 15 de marzo de 2011.

¹⁷¹³ STEDH 36109/03, Caso Leroy contra Francia, de 2 de octubre de 2008.

¹⁷¹⁴ STEDH 22479/93, Caso Öztürk contra Turquía, de 28 de septiembre de 1999.

¹⁷¹⁵ STEDH 64116/00, Caso Yalçiner contra Turquía, de 21 de febrero de 2008.

En el contexto de la ONU, el Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso¹⁷¹⁶, teniendo como marco legal el art. 20.2 PIDCP¹⁷¹⁷ desarrolla una “prueba de umbral” (el llamado “Test de Rabat”) para que una declaración sea considerada como delito. Esta prueba de umbral, más exigente que los criterios del Consejo de Europa y del TEDH, recoge seis puntos:

1. El contexto: el contexto es de gran importancia al valorar la probabilidad de que determinadas declaraciones inciten a la discriminación, hostilidad o violencia contra el colectivo objetivo, y podría tener una relación directa con la intención y/o la causalidad. El análisis del contexto debería ubicar al discurso dentro del contexto social y político predominante en el momento en el que este fue hecho y difundido.

2. El emisor: la posición o estatus social de la o el orador debería ser tomada en cuenta, especialmente la reputación del individuo u organización en el contexto de la audiencia a la que se dirige el discurso.

3. La intención: el art. 20.2 del PIDCP prevé la intención. La negligencia y la imprudencia no son suficientes para que un acto constituya delito según el art. 20.2 del PIDCP, ya que éste incluye disposiciones sobre la “apología” e “incitación” en lugar de la sola distribución o circulación de material. En este aspecto, requiere de la activación de una relación triangular entre el objeto del discurso, el sujeto del discurso y la audiencia.

4. El contenido y la forma: el contenido del discurso constituye uno de los enfoques principales en las decisiones del tribunal y es un elemento esencial de la incitación. El análisis del contenido puede incluir el grado en el cual el discurso fue provocador y directo, así como la forma, estilo y naturaleza de los argumentos empleados en el discurso o el equilibrio entre los argumentos empleados.

5. La extensión del discurso: la extensión incluye elementos tales como el alcance del discurso, su naturaleza pública, su magnitud y el tamaño de su audiencia. Otros elementos para considerar incluyen si el discurso es público, los medios de difusión empleados, por ejemplo, por un único folleto o transmisión en los medios convencionales o a través de internet, la frecuencia, la cantidad y la extensión de las comunicaciones, si

¹⁷¹⁶ Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, de 5 de octubre de 2012, que se añade como apéndice al Informe anual de la ACNUDH y concretamente al Informe de la ACNUDH, acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, de 11 de enero de 2013 (A/HRC/22/17/Add.4).

¹⁷¹⁷ “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

los destinatarios tenían los medios para responder a la incitación, si la declaración (u obra) es distribuida en un entorno restringido o es fácilmente accesible al público en general.

6. La probabilidad, incluyendo la inminencia: la incitación, por definición, es un delito incipiente. La acción promovida a través de discursos de incitación no tiene que ser llevada a cabo para que dicho discurso sea un delito. Sin embargo, algún grado de riesgo de daños debe ser identificado. Esto quiere decir que los tribunales tendrán que determinar si existía una probabilidad razonable de que el discurso lograra incitar una acción real contra el colectivo objetivo, reconociendo que dicha causación debe ser bastante directa.

1.5. El derecho de reunión y manifestación y el enaltecimiento y justificación del terrorismo

La doctrina ha apreciado otra relación problemática del art. 578 CP, esta vez, con el derecho de reunión y manifestación consagrado en el art. 21 CE¹⁷¹⁸. Se han dado muchos supuestos en el pasado, en los que se ha prohibido judicialmente la celebración de manifestaciones por su conexión con el enaltecimiento del terrorismo.

El ejercicio del derecho de manifestación y reunión pacífica y sin armas consagrado en el art. 21 CE no necesitará autorización previa. Si se trata de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones habrá de comunicarse previamente a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes. Ello no constituye una solicitud de autorización, pues el ejercicio de este derecho fundamental se impone por su eficacia inmediata y directa¹⁷¹⁹. De acuerdo con el TC, el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo¹⁷²⁰. Su conexión con la libertad de expresión también ha sido reconocida por el TEDH¹⁷²¹.

¹⁷¹⁸ MARTÍNEZ GARAY/MIRA BENAVENT, *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, 2011, págs. 28-31 y 200-224; SERRA CRISTÓBAL, *La seguridad como amenaza*, 2020, págs. 198-201.

¹⁷¹⁹ Entre otras: STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 4.

¹⁷²⁰ STC 85/1988, de 28 de abril, FJ 2.

¹⁷²¹ Entre otras, STEDH 25390/94, Caso Rekvényi contra Hungría, de 20 de mayo de 1999.

En cuanto a los límites a su ejercicio, el primero lo cristaliza la CE misma en el orden público. Con respecto a ello el TC ha interpretado que no toda noción del orden público puede justificar restricciones del derecho de manifestación, especialmente mediante sanciones penales, sino tan solo aquellos que tengan tal entidad que atenten contra los principios básicos de convivencia en una sociedad democrática, como pueden ser aquellas manifestaciones tendentes a alterar la seguridad del Estado o de los demás ciudadanos o que pongan en peligro sus vidas o sus bienes. Por tanto, no sería suficiente con que se altere el orden público (que siempre se altera), sino que además es necesario que dicha alteración suponga “un peligro cierto para las personas o los bienes”. Un segundo límite al derecho de reunión se encuentra en los derechos constitucionales de los demás ciudadanos, como el de libre circulación del art. 19 CE. Habrán de ser ponderadas todas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, de forma que en la medida de lo posible sea compatible el ejercicio de uno y otro, buscando la debida proporcionalidad de los sacrificios impuestos a los titulares de ambos derechos¹⁷²².

La LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, contempla en su art. 5 la posibilidad de que la autoridad gubernativa suspenda y, en su caso, disuelva las reuniones y manifestaciones, entre otros, en los siguientes supuestos: a) Cuando se consideren ilícitas de conformidad con las leyes penales; y b) cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes. Entonces, es a la autoridad gubernativa a quien corresponde velar por el cumplimiento de los requisitos constitucionales en el ejercicio del derecho de reunión y de manifestación. A la jurisdicción penal le compete la persecución y castigo de los hechos ilícitos penales una vez que estos se han producido; actúa *ex post*, no *ex ante*, pues carece de competencias preventivas. Es decir, el Derecho penal no puede actuar con carácter preventivo pues tal proceder implica asociar consecuencias jurídicas limitativas de derechos o imponer directa o indirectamente sanciones sobre la base de meras hipótesis sobre la futura e incierta comisión de delitos¹⁷²³.

En la primera década de los años 2000, se prohibieron por vía penal numerosas manifestaciones fundamentadas en la suspensión de actividades de asociaciones ilícitas

¹⁷²² STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 3.

¹⁷²³ Auto del JCI N°2, de 30 de agosto de 2019.

del entorno de ETA, en virtud de los arts. 520¹⁷²⁴ y 129.2¹⁷²⁵ del CP en conexión con el art. 515 CP¹⁷²⁶ (todo ello, bajo las redacciones de estos preceptos anteriores a 2010).

Pero es que, a pesar de lo expuesto anteriormente sobre los límites del derecho de manifestación y sobre a actuación *ex post* de la jurisdicción, numerosas manifestaciones convocadas en aquellos años, fundamentalmente en 2009, no se prohibieron en virtud de los preceptos antedichos, sino, con bases legales ciertamente cuestionables, por estar relacionadas, de una u otra forma, con supuestos delitos de enaltecimiento del terrorismo.

Estos supuestos, solían comenzar cuando el órgano judicial instructor de la AN tenía conocimiento de la convocatoria de un acto público de manifestación; conocimiento al que había llegado bien mediante informes de las autoridades policiales, bien mediante escritos-denuncia presentados por diferentes asociaciones (Dignidad y Justicia, Asociación de Víctimas del Terrorismo u otras)¹⁷²⁷.

Incoadas las correspondientes diligencias previas, el juez instructor prohibía la celebración de los citados actos de manifestación convocados sin dar audiencia a los convocantes, amparándose para ello, en lo siguiente: en algunos casos, en el instrumento procesal que le proporcionan las llamadas primeras diligencias del art. 13 LECrim; y, en otros, sin argumentar base legal alguna (“en atención de lo expuesto y vistos los artículos de general aplicación”) que le permitiera tomar la decisión de prohibir el ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación. Las prohibiciones tenían en común que giraban en torno, desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo, al delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, con distintas argumentaciones en cada auto de prohibición. MARTÍNEZ GARAY/MIRA BENAVENT distinguen tres grupos de supuestos¹⁷²⁸:

¹⁷²⁴ “Los Jueces o Tribunales, en los supuestos previstos en el art. 515, acordarán la disolución de la asociación ilícita y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del art. 129 de este Código”.

¹⁷²⁵ “La clausura temporal prevista en el subapartado a) [a] Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo) y la suspensión señalada en el subapartado c) [c] Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años] del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa”.

¹⁷²⁶ “Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada. / 2.º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”.

¹⁷²⁷ MARTÍNEZ GARAY/MIRA BENAVENT, *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, 2011, pág. 29.

¹⁷²⁸ *Ibid.*, págs. 28-31.

Existe un primer grupo de casos, en los que se considera que la propia convocatoria de la manifestación es constitutiva de “actos preparatorios exteriorizados de un presunto delito de enaltecimiento de terroristas y consiguiente incremento y reactivación del dolor causado a sus víctimas, menospreciándolas, previsto y penado en el art. 578 del CP” (auto del JCI N°6 de 25 de septiembre de 2009); invocándose en ocasiones expresamente el contenido del art. 579 CP, que castiga los actos preparatorios de los delitos de terrorismo, entre los que se encuentra el delito de enaltecimiento del terrorismo, para defender que “tales iniciativas son ilegales y contrarias a derecho” (auto del JCI N°5 de 8 de agosto de 2009).

En otro segundo grupo de supuestos, la prohibición de la manifestación se realiza porque el órgano instructor entiende que la propia convocatoria del acto supone ya directamente la comisión del delito de enaltecimiento del terrorismo (auto de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la AN de 30 de julio de 2009: “este Tribunal aprecia contundentes indicios de perpetración del mencionado delito del art. 578 CP en la convocatoria de los actos (...)); con la misma argumentación, el JCI N°2 prohibió una manifestación mediante auto de fecha de 11 de septiembre de 2010, y el JCI N°1 prohibió otra mediante auto de 17 de agosto de 2012.

En un tercer tipo de supuestos se agrupan aquellos en los que la prohibición de las manifestaciones se fundamenta no tanto en que la propia convocatoria sea constitutiva de un delito, sino en la evitación del delito de enaltecimiento del terrorismo que con toda seguridad se cometería si se permitiera celebrar la reunión o manifestación. Entonces, en estos casos se trataría de prevenir la comisión de un futuro delito no dando ocasión o suprimiendo las circunstancias que pudieran conducir a su comisión, de tal manera que la prohibición de la reunión o manifestación se presenta por el juez instructor como la única medida eficaz para lograr tal objetivo. Así, a veces se ha alegado que el acto convocado “caso de producirse vulneraría lo dispuesto en el art. 578 CP constituyendo una actuación de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo, con el menosprecio y humillación a las víctimas y sus familiares que este tipo de delitos generan (...)” (auto del JCI N°3 de 3 de septiembre de 2009); razón por la que también se ha considerado que los actos convocados son actos ilegales, “aunque se disfracen o disimulen bajo el manto de personas u organizaciones que abiertamente están prestando su apoyo para que la violación de la norma se produzca y con ello posibilitar las comisiones de hechos delictivos (art. 578 del CP)” (auto del JCI N°5 de 14 de agosto de 2009). En definitiva:

como dice el auto del JCI N°5 de 13 de agosto de 2009, los actos de referencia “(...) no pueden ni autorizarse ni consentirse al ostentar la categoría de actos ilícitos en tanto que con su convocatoria pública se pretende congrega a personas afines con la clara intención de apoyar y enaltecer a la organización terrorista y sus miembros, especialmente los presos, a los que eufemísticamente se titula como ‘presos políticos’, cuando en realidad se trata de personas condenadas o en prisión por delitos relacionados con el terrorismo y la organización terrorista ETA”; razón por la que “(...) estas convocatorias, de permitirse podrían suponer la comisión de hechos delictivos incardinables en el ámbito de aplicación del art. 578 del CP”; “a diferencia de otros supuestos, en los que las convocatorias reivindicativas se limitan a defender la aproximación o el agrupamiento de los presos terroristas, en este caso, existen elementos adicionales que permiten considerar con alto grado de probabilidad que durante el transcurso de los hechos pudieran practicarse actuaciones delictivas, lo que justifica, al amparo del art. 13 LECrim en relación con el art. 578 CP la adopción de la medida cautelar de prohibición, por no existir medida alternativa menos lesiva que impida la comisión de hechos delictivos (auto del JCI N°3, de 9 de octubre de 2015).

Las peticiones de prohibición de manifestaciones por razón de enaltecimiento del terrorismo de ETA se siguen sucediendo. Desde 2017 sobre todo, no obstante, dichas peticiones no prosperan judicialmente, pues la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo a la que me he referido anteriormente exige que las acciones o expresiones generen una situación de riesgo de efectiva comisión de un delito¹⁷²⁹. Al tratarse de manifestaciones que los peticionarios de la prohibición relacionan con el terrorismo de ETA, y estar esta organización desaparecida, los órganos judiciales no consideran que pueda darse ese riesgo. También otros autos han fundamentado su negativa en que el Derecho penal no debe actuar de forma preventiva, y también en virtud del principio de intervención mínima¹⁷³⁰.

¹⁷²⁹ Es cierto que, anteriormente, otros autos también permitieron la celebración de manifestaciones, amparándose en la libertad de expresión. Así, por ejemplo, el Auto del JCI N°2 de 25 de agosto de 2016, entiende que no se advierte en la convocatoria de una manifestación a favor de los presos de ETA, convocada por un colectivo de expresos de ETA, los elementos integrantes del tipo penal de enaltecimiento; pues se trata de la mera expresión de opiniones arriesgadas que inquietan o chocan a diversos sectores de la población, que no tienen cabida *ex ante* en el ámbito penal. Se trata de la mera expresión de un deseo de libertad de las personas a las que se apoya, sin entrar en la justificación o ensalzamiento de las acciones por las que se hallan privadas de libertad, conducta amparada por el derecho a la libre expresión en el ámbito de procedimiento penal.

¹⁷³⁰ Auto del JCI N°2, de 30 de agosto de 2019.

Aun así, las asociaciones y formaciones políticas que promueven este tipo de peticiones de prohibición continúan con sus pretensiones, y, ante las negativas de los juzgados de instrucción de la AN de prohibir las manifestaciones, intentan nuevas vías. Por ejemplo, al delito de enaltecimiento del terrorismo se le une también recientemente la alegación de que las convocatorias en sí suponen delitos de odio del art. 510 CP¹⁷³¹; o también se opta por denunciar *a posteriori* los hechos¹⁷³², cuando los actos públicos de manifestación ya han tenido lugar. Cabe mencionar otra cuestión, esta vez extrapenal, que tiene relación con la negativa de prohibir judicialmente este tipo de actos y con la interpretación del delito de enaltecimiento del terrorismo que exige la generación de un riesgo. El Ministerio de Interior anunció una reforma de la Ley de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, aprobada en 2011¹⁷³³, en la que se incluirían multas administrativas con las que sancionar “la convocatoria y realización de recibimientos a quienes han sido condenados por terrorismo”¹⁷³⁴, cambio legal que no pretende sustituir a la vía penal, “sino mejorar las posibilidades sancionadoras en la vía

¹⁷³¹ Desde distintas asociaciones, autoridades o formaciones políticas se viene desde hace años solicitando la prohibición de una celebración en forma de reunión y manifestación que tiene lugar cada septiembre en la localidad navarra de Alsasua, conocida con el nombre de “*Ospa Eguna*”. En 2022, la formación Vox envió un escrito a la Delegación del Gobierno en Pamplona en el que solicitaba la suspensión del acto conocido como “*Ospa Eguna*” en Alsasua (Navarra), que estaba programado para el 3 de septiembre de 2022, “con el fin de que se proteja a las víctimas de ETA”, pues el objetivo del acto era “mostrar rechazo a la Policía y a la Guardia Civil” y su finalidad es “constitutiva de un delito de enaltecimiento del terrorismo, de acuerdo con el art. 578 del CP, y de un delito de odio, art. 510 del CP”.

¹⁷³² “Vox denuncia ante la AN un presunto delito de odio y enaltecimiento del terrorismo en el ‘Ospa Eguna’ de Alsasua”, *Europapress*, 30 de septiembre de 2022, <https://www.europapress.es/nacional/noticia-vox-denuncia-an-presunto-delito-odio-enaltecimiento-terrorismo-ospa-eguna-alsasua-20220930114912.html> (último acceso 19/03/2023).

¹⁷³³ Actualmente esta norma no prevé sanciones, pero sí reconoce en su art. 61 que: “1. El Estado asume la defensa de la dignidad de las víctimas, estableciendo la prohibición de exhibir públicamente monumentos, escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas o de exaltación o enaltecimiento individual o colectivo del terrorismo, de los terroristas o de las organizaciones terroristas. / 2. Las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus competencias, adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a esta prohibición. Todo ello sin perjuicio de las actuaciones que las víctimas y sus familiares puedan llevar a cabo en defensa de su derecho al honor y dignidad. / 3. Asimismo prevendrán y evitarán la realización de actos efectuados en público que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, exaltación del terrorismo, homenaje o concesión pública de distinciones a los terroristas”.

¹⁷³⁴ “El Gobierno aprobará multas contra los homenajes a etarras cuando la UE reforme el delito de enaltecimiento”, *20 minutos*, 11 de septiembre de 2021. Consulta: <https://www.20minutos.es/noticia/4811021/0/gobierno-prohibicion-homenaje-presos-eta-condiciona-europa/> (último acceso 19/03/2023).

administrativa”¹⁷³⁵. Ello ya se había intentado años antes mediante una Proposición de Ley impulsada por el Grupo parlamentario de Ciudadanos¹⁷³⁶.

1.6. Algunas conclusiones provisionales

Por todo lo señalado en las páginas anteriores, desde aquí se aboga por la derogación del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo¹⁷³⁷, pues considero que su incriminación no es legítima en términos de un Derecho penal respetuoso con el principio de lesividad¹⁷³⁸ y con los derechos fundamentales, principalmente con el derecho a la libertad de expresión. Ello lo corrobora el hecho de que el TC haya tenido que “imponer” como requisito previo en los procesos penales por este delito de un examen previo de la afectación a la libertad de expresión.

Creo que lo óptimo sería mantener la punición de los actos preparatorios clásicos para los delitos de terrorismo, que incluyen la apología como forma de provocación (art. 18.2 en conexión con el art. 579.3 CP). Ahora bien, como sabemos, la apología del art. 18.2 exige que la incitación sea directa, y ello no lo exigen ni las normas europeas en materia de provocación pública al terrorismo, que aceptan para la apología que esta pueda ser indirecta. Por ello, encuentro actualmente difícil la derogación del delito de enaltecimiento del terrorismo y su encauzamiento a través de la apología como forma de provocación de los actos preparatorios.

Una solución intermedia está en las interpretaciones jurisprudenciales analizadas, que, al menos, exigen requisitos que frenan la vulneración del derecho a la libertad de expresión. Dentro de estas interpretaciones, lo óptimo sería la exigencia de un peligro concreto o una inminencia de comisión de delitos de terrorismo a partir de la expresión

¹⁷³⁵ “Interior mantiene en estudio su reforma legal para sancionar los ‘ongi etorri’ tras el informe de la Directiva europea”, *Europapress*, 30 de noviembre de 2021, <https://www.europapress.es/nacional/noticia-interior-mantiene-estudio-reforma-legal-sancionar-ongi-etorri-informe-directiva-europea-20211130194522.html> (último acceso 19/03/2023).

¹⁷³⁶ BOCG de 21 de septiembre de 2018. Consulta: https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-310-1.PDF (último acceso 19/03/2023).

¹⁷³⁷ La doctrina mayoritaria aboga por su derogación: GEPC, *Una alternativa*, 2008, págs. 36-37; LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, págs. 464-465; PAREDES CASTAÑÓN, *Anatomía do Crime*, N°4, 2016, págs. 42 y 45; MIRA BENAVENT, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pág. 317; PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, pág. 274; ALCÁCER GUIRAO, *TEORDER*, N°32, 2022, págs. 59-61; GEPC, *Una propuesta*, 2020, págs. 44-48; GARCÍA SÁNCHEZ, *RGDP*, N°35, 2021, [versión sin paginar].

¹⁷³⁸ Comparto la opinión de PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, pág. 264, cuando indica que el legislador en realidad enmascara el enaltecimiento como un delito de peligro, a pesar de carecer de la necesaria lesividad.

enaltecedora, como exige alguna doctrina¹⁷³⁹ o el punto 6 del Test de Rabat más arriba transcrito. No obstante, como señala ALCÁCER GUIRAO, resulta muy discutible que la actual regulación legal admita una interpretación que limite el ámbito típico a los casos de incitación idónea e inminente, dado que su tenor literal carece de cláusulas de lesividad que permitan acomodar dicha exégesis restrictiva. Y por más que esta interpretación se impusiera en la jurisprudencia, la amplitud del tenor literal vigente seguiría permitiendo el enjuiciamiento de raperos, tuiteros y titiriteros, con el consiguiente efecto desalentador del ejercicio de la libre expresión¹⁷⁴⁰. De hecho, ya he puesto de manifiesto anteriormente mis reparos para con las decisiones de nuestro TC en materia de enaltecimiento del terrorismo. No tanto en su fondo, sino en su forma. Lo realmente valioso hubiera sido que el TC hubiera procedido a la declaración de inconstitucionalidad del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo, para dictar entonces una sentencia interpretativa. No lo hizo así, por lo que podrán seguir sucediéndose condenas vulneradoras de derechos fundamentales. De todos modos, el legislador sigue teniendo la posibilidad de modificar el precepto para adicionarle los requisitos que exigen para este tipo de delitos meramente comunicativos las normas europeas e internacionales, y ahora también el TC y el TEDH.

2. La “difusión o propaganda” terrorista y los actos preparatorios punibles de los delitos de terrorismo (*sui generis* y clásicos)

2.1. Cuestiones generales

El art. 579 CP contiene varias previsiones. Por un lado, regula los llamados delitos de “propaganda terrorista”¹⁷⁴¹ (art. 579.1), por otro, unas conductas de difícil encaje que parecen unas especies *sui generis* de provocación y de proposición (art. 579.2), y, por último, dispone la punibilidad de “los demás” actos preparatorios de los delitos de terrorismo (art. 579.3).

El art. 579.1 CP castiga con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate al que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o

¹⁷³⁹ PORTILLA CONTRERAS, en: DE VICENTE MARTÍNEZ/GÓMEZ INIESTA/MARTÍN LÓPEZ/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/NIETO MARTÍN (Ed.), *LH Arroyo Zapatero*, Vol. I, 2021, págs. 595-596; ALCÁCER GUIRAO, *TEORDER*, N°32, 2022, pág. 60.

¹⁷⁴⁰ ALCÁCER GUIRAO, *TEORDER*, N°32, 2022, pág. 60.

¹⁷⁴¹ BARBER BURUSCO, *CPC*, N°116, 2015, pág. 34; CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2020, n.m. 19090. Este último autor también se refiere a ellos como “actos de proto-provocación”.

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 del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP. El art. 579.2, impone la misma pena a la persona que, públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de alguno de los delitos del mismo Capítulo, así como a quien solicite a otra persona que los cometa. El apartado 3º constituye un precepto de cierre, que castiga los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en el Capítulo “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”, también con la pena inferior en uno o dos grados. Y, por último, el apartado 4 del artículo, que se remite al art. 578.4 y 5 CP, faculta al órgano judicial para que, en sentencia o como medida cautelar, acuerde la destrucción, borrado o inutilización de los soportes mediante los que se hubiera cometido el delito, y, si este se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, la retirada de dichos contenidos¹⁷⁴².

El art. 579, en sus apartados 1 y 2, es un tipo residual¹⁷⁴³ o “de recogida”¹⁷⁴⁴ que contiene figuras complejas de clasificar¹⁷⁴⁵. A pesar de sus implicaciones dogmáticas y constitucionales, su estudio queda en cierto modo orillado, seguramente por su anecdótica aplicación práctica en beneficio de otras figuras delictivas similares. La ramificación y sobredimensión de delitos comunicativos y preparatorios de terrorismo que ha ido construyendo el legislador desde 1995 hace que algunos de esos tipos no encuentren un espacio natural de aplicación, y ello es manifiesto en los delitos que ahora comento. Con la redacción de 2010 del art. 579.1.2º hubo dos únicas condenas por este delito¹⁷⁴⁶, y, con su redacción de 2015, al momento de escribir estas páginas, se ha condenado por este delito solo en una ocasión (en la modalidad prevista en el art. 579.1)¹⁷⁴⁷.

¹⁷⁴² Para lo que habrá de tenerse en cuenta, además, lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2021/784, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea.

¹⁷⁴³ CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2020, n.m. 19090.

¹⁷⁴⁴ GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, pág. 1939; BERNAL DEL CASTILLO, *RDPC*, Nº16, 2016, pág. 40.

¹⁷⁴⁵ CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma*, 2015, pág. 79.

¹⁷⁴⁶ SAN 24/2013, de 12 de julio (confirmada por la STS 114/2014, de 20 de febrero); SAN 19/2015, de 24 de junio.

¹⁷⁴⁷ SAN 9/2016, de 14 de marzo.

2.2. Los antecedentes legislativos del art. 579 CP

El contenido del art. 579 CP ha sufrido numerosas modificaciones desde su formulación de 1995, constituyendo una buena muestra de la evolución de la política criminal antiterrorista en España.

El CP de 1995 previó en su art. 578 el castigo de los actos preparatorios (la conspiración, la proposición o la provocación de los arts. 17 y 18 CP) de los delitos de terrorismo. Dadas las graves consecuencias de los delitos de terrorismo, el legislador entendió, de forma acertada a mi juicio¹⁷⁴⁸, que era una de las parcelas del Derecho penal que merecía la punición de sus actos preparatorios. Vaya por delante que me refiero a los actos preparatorios de delitos de terrorismo violentos graves, y no a la clasificación que el CP actual realiza como delitos de terrorismo de una amplia gama de conductas que conducen al castigo de la preparación de actos materialmente preparatorios de actos de terrorismo violentos graves¹⁷⁴⁹. La remisión total que realiza el vigente art. 579.3 CP a todos los delitos de terrorismo del Capítulo, vulnera en mi opinión los principios de lesividad y *ultima ratio*, pues permite una cadena de punición de preparaciones materiales muy adelantada al momento en el que, generalmente, se había considerado legítima la intervención penal¹⁷⁵⁰. El legislador realiza esas remisiones a los delitos de todo el Capítulo continuamente, lo que supone en muchos casos la materialización de situaciones inverosímiles o extremadamente alejadas de la lesión o peligro a bienes jurídicos. Una solución a este concreto problema pasaría por diferenciar los delitos de terrorismo en sentido estricto y los delitos relacionados con el terrorismo (añadiendo, por ejemplo, una tercera Sección al Capítulo VII), como de hecho hace la Directiva 541, y realizar de forma consecuente a esa división sistemática las remisiones.

En el año 2000, la reforma penal introdujo en el art. 578 los delitos de enaltecimiento y justificación del terrorismo y de humillación, menosprecio y descrédito de sus víctimas o los familiares de estas, por lo que los actos preparatorios generales

¹⁷⁴⁸ La doctrina entiende generalmente que es legítima la punición de los actos preparatorios en los delitos de terrorismo: BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, págs. 140-142; OLMEDO CARDENETE, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Sistema PE*, 4ª ed., 2021, pág. 1606; CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, pág. 943; CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio*, 2019, pág. 166.

¹⁷⁴⁹ En similar sentido: BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, págs. 140-142; CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma*, 2015, pág. 81; OLMEDO CARDENETE, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Sistema PE*, 4ª ed., 2021, pág. 1606.

¹⁷⁵⁰ De esta opinión: OLMEDO CARDENETE, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Sistema PE*, 4ª ed., 2021, pág. 1606.

quedaron reubicados en el art. 579 CP, sufriendo una pequeña pero importante modificación: entre los actos preparatorios punibles de delitos de terrorismo se incluye también el recién incorporado al CP delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas (“La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 571 a 578 se castigarán (...”).

En 2010 el precepto vuelve a sufrir un cambio, esta vez de calado. En supuesta armonización del CP con la DM 2008/919/JAI, se introdujeron por primera vez las conductas de distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes o consignas terroristas. El precepto tenía el siguiente tenor: “*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*”. El Preámbulo de la LO 5/2010, intentó encauzar este delito a través de la creación de climas, pues explica la previsión de conductas “que, *sin llegar necesariamente a constituir resoluciones manifestadas de delito* (esto es, provocación, conspiración o proposición para la realización de una concreta acción criminal) *se han acreditado como medios innegablemente aptos para ir generando el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva de delinquir*¹⁷⁵¹, si bien, tal y como exigen la DM y el Convenio del Consejo de Europa sobre terrorismo, tales conductas deberán generar o incrementar un cierto riesgo de comisión de un delito de terrorismo”¹⁷⁵². Efectivamente, la DM 2008/919/JAI, al centrarse en la introducción de delitos ligados con actividades terroristas, da mucha importancia a la provocación. La menciona en varias ocasiones en los Considerandos, exhorta a los Estados a que la tipifiquen como delito, y la define en su art. 3.1. El Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención del terrorismo de 2005, que también se centra en conductas periféricas a los delitos de terrorismo, insta también en su art. 5 a la tipificación de la provocación. Como se observa, estos son los preceptos de los que se sirve el legislador español para introducir el delito

¹⁷⁵¹ Algunos autores conectan esto con la STC 235/2007, de 7 de noviembre, y la “creación de climas”. Así: CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2020, n.m. 19090; MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 2021, 23ª ed., pág. 875.

¹⁷⁵² Un estudio sobre las implicaciones de este precepto en su redacción de 2010 puede verse en: BARBER BURUSCO, *CPC*, N°116, 2015, págs. 44-56.

de propaganda, pero, a su vez, son los mismos artículos (y, actualmente, también el art. 5 de la Directiva 2017/541) que han fundamentado la nueva interpretación del delito de enaltecimiento del terrorismo, que exige, como sabemos, la creación o generación de un riesgo de comisión.

2.2.1. Los casos enjuiciados bajo la redacción de 2010

En cinco años de vigencia (de 2010 a 2015) se condenó en dos ocasiones por este delito, mediante la SAN 24/2013, de 12 de julio (confirmada por la STS 114/2014, de 20 de febrero) y por la SAN 19/2015, de 24 de junio, dictada por conformidad.

Según la primera de las sentencias, el condenado mantenía una intensa actividad como usuario en foros yihadistas radicales en Internet. En esos foros, compartía posts, videos y opiniones sobre yihadismo¹⁷⁵³. El procesado también administraba la página web de descargas “Shabaka Al Haqiqa Al Ikhbaria” (“red de la verdad informativa”). En ella colgaba imágenes, vídeos y noticias de temas yihadistas, “que pretendían ser contrainformativas, y presentar la verdad desde el punto de vista radical yihadistas, *en contraposición a la verdad oficial difundida por los medios de comunicación social convencionales*”¹⁷⁵⁴.

El condenado había sido acusado por el Ministerio Fiscal de integrar una organización terrorista, de un delito de enaltecimiento del terrorismo, y de un delito de difusión. La primera calificación jurídica fue rechazada por la AN por falta de pruebas. Según el Tribunal central, su actuación era la de participe frecuente y activo en varios foros temáticos de la yihad radical violenta, sin salir al exterior, ni llevar a la práctica ninguna acción concreta. En los foros participaba activamente en conversaciones, pedía y suministraba información y alentaba a mantener una actitud activa y militante de la yihad violenta y combativa, incluso a través de la comisión de hechos terroristas.

¹⁷⁵³ Algunos de los textos que publicaba tenían el siguiente tenor: “mata a un infiel y golpea a Europa y América, el paraíso se encuentra a las sombras de las espadas”; “(...) despertados del sueño que se alegró y llevad armas encima, acechad a los turistas judíos y cristianos y los ayudantes del sistema tirano, extendeos en los países de occidente ocupante, no les dejéis disfrutar de la seguridad hasta que lo tengamos de verdad en nuestras tierras y se eleva la bandera del monoteísmo encima del Jerusalén ocupado... Atacad a los que rezan a la cruz, (...) Gente de los foros yihadistas a por las armas del combate contra el enemigo en el corazón de Europa, América, y donde los encontréis, atacad sus tierras, envenenar sus aguas, explotad sus mercados y lugares de reunión, convertir sus noches en días y sus mañanas en fuego...”; “Dios mío, concédeme el martirio por tu causa, que tenga la valentía y la suficiencia, que mi cuerpo vuela en pedazos, por amor a ti, hasta el punto de no poder reunir los que enterrarlos en la tumba (...)”. Algunos de estos posts, recibían contestaciones de otros usuarios.

¹⁷⁵⁴ Cursivas añadidas.

Así, la AN concluye que los hechos constituyen un delito de difusión del terrorismo del art 579.1.2º CP, que consisten, en síntesis, en la participación activa, profusa y reiterada en foros con los contenidos más radicales yihadistas y la administración de una página web en la que se cuelgan y se hacen disponibles para su descarga noticias, videos, etc., del mismo contenido; acciones a través de los que *se induce indirectamente* al terrorismo; es decir, a través de la que se provocan de forma genérica o se alientan o favorecen la realización de actividades terroristas, lo que *sin duda genera un objetivo incremento de riesgo de efectiva comisión de hechos de esta clase*. La naturaleza y contenido de las conversaciones mantenidas, de los posts atribuibles al acusado, su propia posición en el foro, claramente son las de un firme partidario de la violencia terrorista en pos de la yihad universal, con una intención clara de generar, apoyar y alentar este sentimiento en otras personas relacionadas con el foro. En cuanto a la calificación de los hechos como enaltecimiento del terrorismo, declara la AN que ello es incompatible con la apreciación del art. 579.1.2º en la conducta del acusado. Ello porque el enaltecimiento del terrorismo también se refiere a la difusión de los delitos de terrorismo, por lo que “en realidad son tipos penales alternativos, que castigan las mismas o similares conductas y que por ello no se pueden aplicar conjuntamente, en relación con una misma conducta, sin que ello no signifique un *bis in idem*, al venirse a castigar lo mismo y por las mismas razones”.

Lo significativo de la sentencia, a mi juicio, es que condena al acusado a la máxima pena de prisión prevista por el delito del art. 579.1.2º (dos años) y a una pena de inhabilitación absoluta de diez años, pero no acredita en modo alguno la generación o incrementación del riesgo de comisión de delitos de terrorismo que la redacción de 2010 requería (en consonancia con las normas europeas¹⁷⁵⁵). Simplemente, señala que su actividad en los foros y su posición ideológica para con la yihad violenta global, “sin duda genera un objetivo incremento de riesgo de efectiva comisión de hechos de esta clase”¹⁷⁵⁶.

La STS 114/2014, de 20 de febrero, que confirma la anterior sentencia de la AN, añade algunas cuestiones. Califica esta figura penal como de “riesgo abstracto”, adelantando la barrera de protección a la doble acción de distribuir o difundir esas consignas o mensajes terroristas con la finalidad de provocar, alentar o favorecer (que no

¹⁷⁵⁵ Y que tanto el TC como el TEDH estiman necesaria para el delito de enaltecimiento del terrorismo, como he analizado anteriormente.

¹⁷⁵⁶ SAN 24/2013, de 12 de julio.

conseguir efectivamente, en cuyo caso nos hallaríamos ante una clara provocación) la acción o formación terrorista, pero siempre que, *generen o incrementen el riesgo de la comisión, sin que sea preciso que el riesgo se refiera a una acción y a personas concretas*. Por otro lado, para contestar a la alegada vulneración de los derechos fundamentales del acusado, el TS realiza estas declaraciones: “para restringir el ejercicio de los derechos fundamentales invocados por el recurrente, especialmente los de libertad ideológica y libertad de expresión requiere una justificación que solo podría ser hallada cuando colisione con unos bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección, según la doctrina seguida por el TC. Así pues no se encontrarían bajo protección constitucional la realización de actos o actividades que, en el desarrollo de ciertas ideologías, vulneren otros derechos fundamentales, como ocurre en el presente caso con la difusión de ideas violentas sustentadas *en la religión islámica*¹⁷⁵⁷, que invitan indirectamente a la comisión de delitos de terrorismo, lo que implica un riesgo de lesión de bienes jurídicos de capital importancia, como son la vida, la integridad física, la seguridad o la libertad”¹⁷⁵⁸.

La segunda de las sentencias que castiga por el delito del art. 579.1.2º en su redacción de 2010 es la SAN 19/2015, de 24 de junio. Se trata de una sentencia adoptada por conformidad, y su motivación es inexistente, por lo que ciertamente no puede extraerse nada de ella. De acuerdo con la AN, los hechos probados son constitutivos de un delito continuado de difusión pública del terrorismo (art. 579.1.2º en conexión con el art. 74.1 CP), “concurriendo todos y cada uno de los requisitos típicos que dan vida a dicha infracción punible (...) reconociendo el acusado los hechos en el acto del plenario sin verter ningún tipo de cortapisas”¹⁷⁵⁹.

¹⁷⁵⁷ Cursivas añadidas. Ya he señalado anteriormente en el texto que hay que ser cautelosos con este tipo de declaraciones.

¹⁷⁵⁸ STS 114/2014, de 20 de febrero, FJ 2.

¹⁷⁵⁹ El sujeto había mantenido, según los hechos probados, una intensa actividad como usuario en foros yihadistas radicales en los que se difunden con frecuencia comunicados y vídeos elaborados por organizaciones terroristas de carácter yihadista, o relacionados con actividades violento-terroristas realizadas por estas organizaciones, y que son igualmente empleados con frecuencia como medio de difusión de ideas y para el adoctrinamiento de planteamientos radicales yihadistas de sus usuarios, y en ocasiones de plataforma para la captación y reclutamiento de personas interesadas en estos planteamientos. Además, administraba diferentes perfiles en las redes sociales Facebook y Twitter, en los que, bajo diferentes *nicks*, desarrollaba una actividad consistente en la publicación de imágenes, vídeos y otros documentos, algunos de elaboración propia, sin ningún tipo de restricción en su acceso, con sus correspondientes comentarios, 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

2.3. El art. 579.1 y 2 CP en su redacción de 2015

La profunda reforma operada por la LO 2/2015 tampoco dejó este precepto intacto, ni mucho menos¹⁷⁶⁰. De hecho, el Preámbulo de la norma parece hacerle referencia cuando señala que los líderes del terrorismo de corte yihadista “*difunden sus mensajes y consignas* por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, *haciendo público un mensaje* de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población o en parte de ella y *realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados*”¹⁷⁶¹.

Por supuesto, la Directiva 2017/541, aunque posterior a la reforma de 2015, también dispone que los Estados tipifiquen la provocación pública a la comisión de delitos de terrorismo en su art. 5¹⁷⁶².

Las diferencias con la anterior redacción son significativas. El art. 579.1.2º de la redacción de 2010 se desdobra en 2015 en dos, ocupando ahora el art. 579.1 y 2 CP. Se suprime la referencia a las conductas de “alentar” y de “favorecer” la perpetración de cualquiera de los delitos del Capítulo, y ya no es necesario que los mensajes o consignas *generen o incrementen el riesgo de su efectiva comisión*, pues también se ha eliminado esa referencia expresa. Este requisito del riesgo, como sabemos, lo siguen exigiendo las normas comunitarias, y, además lo ha “introducido” el TC por vía exegética también para el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo.

Con la redacción vigente ya no pueden considerarse actos preparatorios autónomos en el sentido de tener asignada una escala penal autónoma (antes, llevaba aparejada una pena de prisión de seis meses a dos años), pues ahora tienen una referencia

favorecen la realización de actividades terroristas y generadoras de un objetivo incremento de riesgo de efectiva comisión de hechos de esta clase.

¹⁷⁶⁰ La LO 1/2015, además, añadió un precepto emparentado con el art. 579, pero para los desórdenes públicos. Se trata del art. 559 CP, que castiga con una pena multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año a quien *distribuya o difunda públicamente*, a través de cualquier medio, *mensajes o consignas que inciten a la comisión* de alguno de los delitos de alteración del orden público del art. 557 bis del CP (desórdenes públicos agravados), o que sirvan para *reforzar la decisión de llevarlos a cabo*. Sobre este delito: BARBER BURUSCO, *CPC*, Nº116, 2015, págs. 65 y ss.; COLOMER BEA, *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, 2021, págs. 259 y ss.

¹⁷⁶¹ Cursivas añadidas.

¹⁷⁶² “(...) cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el art. 3.1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice *directa o indirectamente*, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, *generando con ello un riesgo* de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos”.

(la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate). Esto supone un salto penológico claro, chocando frontalmente con el principio de proporcionalidad de las penas. Por un lado, porque con la legislación anterior, la difusión de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer un delito de homicidio terrorista, tendría una pena máxima de prisión de dos años, mientras que, con la actual, la difusión de los mismos mensajes (junto a los demás requisitos actuales del tipo) podría penarse con una pena de diez a treinta años (art. 573 bis 1.1ª en conexión con el art. 70.4 CP). Todo ello, teniendo en cuenta, además, que no nos encontramos ante los actos preparatorios que el legislador decidió legítimo castigar en 1995¹⁷⁶³, sino ante unos *sui generis* que ha moldeado para el terrorismo, y que castiga con la misma pena.

La conducta del art. 579.1 CP planea sobre el ámbito dogmático de la provocación. La provocación que configura el art. 18.1 CP, requiere que directamente se incite a la perpetración de un delito por cualquier medio que facilite la publicidad de eficacia semejante a la imprenta o radiodifusión, o ante una concurrencia de personas. Lo castiga con la pena inferior en uno o dos grados respecto de la prevista para el delito al que se provoque, y, en el caso de que a la provocación le siga la perpetración del delito, esta se castigará como inducción. Los requisitos que exige generalmente la doctrina para que la provocación se dé, son: que la incitación sea directa y hecha a las claras, lo que excluye las incitaciones vagas, imprecisas o indefinidas; la inmediatez del requerimiento y de los destinatarios, exigiendo que el provocador no se limite a potenciar actitudes que, a su vez, puedan potenciar la realización de conductas delictivas, es decir, debe convertir a sus destinatarios en potenciales sujetos activos del delito, descartando así una forma de incitación en cadena que desvirtuaría el necesario juicio de peligrosidad que fundamenta su incriminación; la incitación directa debe ser a un delito (o varios) concreto, lo suficientemente individualizado; y deben existir posibilidades de comisión¹⁷⁶⁴.

La doctrina distingue dos modalidades típicas en el art. 579.1 CP: primero, la de difundir públicamente mensajes o consignas, por cualquier medio, que tengan la finalidad de incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos del Capítulo; y, en segundo lugar, la de difundir públicamente mensajes o consignas, por cualquier medio, que sean idóneas

¹⁷⁶³ BARBER BURUSCO, *CPC*, N°116, 2015, págs. 45 y ss. y 61; NÚÑEZ CASTAÑO, en: GONZÁLEZ CANO, *Integración europea y justicia penal*, 2018, pág. 262; CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 860.

¹⁷⁶⁴ BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, págs. 76-83 y 222-226; BARBER BURUSCO, *CPC*, N°116, 2015, págs. 45-46.

para incitar a otros a la comisión de algún delito del Capítulo. Ambas modalidades exigen publicidad, que, a su vez, podrá realizarse por cualquier medio¹⁷⁶⁵. Según BARBER BURUSCO, la primera de ellas, además del dolo que debe abarcar todos los elementos del tipo, requiere un elemento subjetivo materializado en la finalidad de incitar; mientras que ello no ocurre en la segunda de las modalidades, que alude a que el mensaje o consigna resulte idóneo para la incitación. Entonces, para la primera formulación, bastaría con que se envíe un mensaje o consigna con la finalidad de incitar, sin que deba exigirse nada con relación al contenido del mensaje ni a la intensidad con la que se formule el mismo. Para el segundo supuesto ya no se exigiría finalidad específica alguna, solo se requeriría la idoneidad del mensaje, lo que hace pensar que en el primer caso podría tratarse de un mensaje o consigna que no requieren idoneidad¹⁷⁶⁶. Esta interpretación es a la que lleva la fidelidad al tenor literal de la norma, a pesar de que no es la más deseable¹⁷⁶⁷. Esta cuestión la he tratado anteriormente al referirme a las formulaciones similares de otros delitos, concretamente la de los arts. 575.2.2º y 577.2 CP¹⁷⁶⁸. Como he argumentado en esos momentos, creo que, aunque el tenor literal ciertamente parece indicar lo contrario, debería interpretarse que los mensajes o consignas han de tener la finalidad de incitar y que, por su contenido, también han de ser idóneas para ello. Lo contrario derivaría en el castigo de conductas de difusión de consignas o mensajes que por su contenido sean absolutamente inidóneos para incitar. En cuanto a la valoración de qué constituye la idoneidad de los mensajes, me remito a lo argumentado anteriormente también, esto es, que deberán ser adecuados *ex ante* para la incitación. De cualquier modo, a pesar de que esta interpretación sea más restrictiva, tampoco considero que con ella se salve la inconstitucionalidad del precepto, pues seguimos estando ante una provocación indirecta

¹⁷⁶⁵ BARBER BURUSCO, *CPC*, N°116, 2015, págs. 58-60; CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma*, 2015, pág. 81; ALONSO RIMO, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pág. 235; PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración*, 2020, pág. 275; FERNÁNDEZ GARCÍA, *Revista penal México*, N°21, 2022, pág. 158.

¹⁷⁶⁶ BARBER BURUSCO, *CPC*, N°116, 2015, pág. 58.

¹⁷⁶⁷ ALONSO RIMO, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pág. 235.

¹⁷⁶⁸ Delito de autoadiestramiento o autoadoctrinamiento: “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”; y el delito de captación, adiestramiento o adoctrinamiento activos: “Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.”. Ver *supra*: El adiestramiento y el adoctrinamiento pasivo y el “autoadiestramiento” y el “autoadoctrinamiento”.

(cuyo resultado penológico, además, es el mismo que el de una provocación directa) que, en realidad, no exige riesgo alguno de comisión. Y aunque este se introduzca por vía interpretativa, la puerta al castigo de meras adhesiones ideológicas sigue abierta¹⁷⁶⁹, como seguidamente veremos en un ejemplo judicial.

Volviendo entonces a las diferencias entre las conductas contenidas en el art. 579.1 CP (los mensajes o consignas “tengan la finalidad de”, o que, “por su contenido, sean idóneos”), tal y como las he interpretado *supra*, y siguiendo en ello a CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, la diferencia entre ambas radicaría en realidad en el elemento subjetivo, pues la primera implicaría dolo directo, mientras que la segunda, requeriría dolo eventual, apartándose estas conductas, por otra razón más, de la provocación “tradicional”¹⁷⁷⁰.

El art. 579.2 CP, por su parte, prevé dos modalidades típicas. Primero, incitar a otro a la comisión de algún delito del Capítulo, públicamente o ante una concurrencia de personas. No se alcanza a discernir claramente qué quería castigar aquí el legislador. CUERDA ARNAU entiende que la única manera de que no se solape con la modalidad prevista en el art. 579.1, sería entender que en aquel delito tienen cabida las incitaciones realizadas a través de medios de difusión para un público indeterminado (“difunda públicamente”), mientras que en esta primera modalidad del art. 579.2 se castigarían las realizadas en un espacio público, pero de audiencia más limitada o, como también se recoge en el precepto, ante “una concurrencia de personas”. De la provocación se

¹⁷⁶⁹ Plantean estos peligros: CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, pág. 945; NÚÑEZ CASTAÑO, en: GONZÁLEZ CANO, *Integración europea y justicia penal*, 2018, pág. 263.

¹⁷⁷⁰ Lo explican de este modo CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, págs. 264-265: Las conductas contenidas en el art. 579.1 no contienen ningún elemento subjetivo del tipo. La expresión “mensajes o consignas que tengan por finalidad o que, por su contenido, sean idóneas” ha de interpretarse en el sentido del dolo que se exige al provocador, como aquel que debe abarcar tanto el hecho mismo de la provocación como el delito o delitos a los que se provoca. Por consiguiente, el sujeto a la hora de difundir el mensaje o consigna, ha de perseguir directamente hacer nacer en otro la voluntad de cometer algún delito de terrorismo, debiendo abarcar también dicho delito de terrorismo (dolo directo); o bien, ser conocedor de la posibilidad de que la difusión pública de los mensajes o consignas en cuestión, llevada a cabo por él, es susceptible de hacer nacer en quien los reciba la voluntad de ejecutar concretos delitos de terrorismo, y, pese a ello, pese a ello difundirlos (dolo eventual). Por el contrario, cuando lo que se difunden son mensajes o consignas “idóneas” para dicha incitación, el sujeto ha de actuar con dolo eventual, que ha de abarcar dicha idoneidad, de forma que la conducta es penalmente relevante, aunque el sujeto no pretendiera tal objetivo, siempre que, al menos, tuviera conocimiento de que tal mensaje podría hacer nacer en otro la voluntad de comisión de aquellos delitos. Esta última posibilidad tiene ahora reflejo expreso en el art. 579.1 CP, siendo una conducta que nunca se había incluido en la provocación genérica. De hecho, esta circunstancia, la admisión del dolo eventual, diferencia la conducta contenida en este precepto de la que se integra en el art. 579.3 (provocación del art. 18 CP). Por todo ello, concluyen estos autores que la provocación del art. 579.1 CP es una provocación *sui generis*, pues incluye incitaciones indirectas así como incitaciones en las que el sujeto actúa con dolo eventual.

apartaría por incluir una provocación indirecta, y no directa como la exigida en el art. 18 CP¹⁷⁷¹ y castigada a través del art. 579.3 CP.

La segunda modalidad delictiva que prevé el art. 579.2 es la de solicitar a otra persona que cometa algún delito del Capítulo. No queda claro si ello debe realizarse públicamente o ante una concurrencia de personas¹⁷⁷², aunque entiendo que no al referirse la redacción “a otra persona”, y porque entiendo que está hermanada con la categoría de la proposición. De hecho, esta última modalidad añade dificultades interpretativas en relación con la proposición. Al consistir en “solicitar a otra persona que cometa algún delito del Capítulo”, surge la duda de cómo separarla de la proposición delictiva como acto preparatorio que también castiga el art. 579.3¹⁷⁷³. Me remito a las consideraciones sobre la proposición delictiva y la inducción realizadas con anterioridad al analizar el delito de captación para el terrorismo¹⁷⁷⁴. La única distinción significativa vendría dada porque la proposición de los arts. 17.2 y 579.3 requiere que quien invita a participar esté resuelto a cometer el delito y este requisito no se exige en el art. 579.2 CP respecto del sujeto solicitante. Alguna doctrina entiende que la proposición delictiva general no ha sufrido cambios en 2015 con respecto a si el que ha resuelto cometer el delito debe intervenir en él realizando el hecho por sí mismo o si puede hacerlo también como inductor (admitiendo la inducción frustrada), y mantienen la concepción amplia en la que se acepta esta última posibilidad. Sin embargo, otra doctrina entiende que el legislador de 2015 ha dejado claro que la proposición del art. 17.2 castiga a aquel que ha resuelto cometer el delito realizando por sí mismo el hecho e invita a otros a participar, dejando impune la inducción frustrada. Por ejemplo, GALÁN MUÑOZ entiende que precisamente la interpretación más restrictiva de la proposición [la que considera que la inducción frustrada es impune] es la que, a su modo de ver, ha encontrado definitivo respaldo por parte del legislador tras la reforma del art. 17 CP, ya que, con el cambio efectuado (“ejecutarlo”, por, “participar en él”), se deja definitivamente claro que solo podrá considerarse y castigarse como proponente a quien, estando decidido a cometer por sí mismo un delito invita (no incita) a otros, no a que lo ejecuten, sino a que simplemente se unan o “participen” en su realización, esto es, a que le ayuden a cometer el delito que

¹⁷⁷¹ CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal PE*, 7ª ed., 2022, pág. 860.

¹⁷⁷² BARBER BURUSCO, *CPC*, N°116, 2015, pág. 58.

¹⁷⁷³ “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”.

¹⁷⁷⁴ Ver *supra*: La captación.

él pretendía efectuar directamente, actuando, por tanto, como su verdadero dominador y autor”¹⁷⁷⁵. Yo ya he adelantado que no considero que el legislador lo deje claro. Lo explica LLABRÉS FUSTER, creo que, con razón, del siguiente modo. Uno de los argumentos utilizados para defender la inclusión de la inducción frustrada en la proposición era precisamente el uso del término “ejecutar” en el antiguo art. 17.2. Y es cierto que, a diferencia de “ejecutarlo”, “participar en él” resulta más fácilmente interpretable como tomar parte o intervenir en el delito que se dispone a ejecutar el proponente, puesto que propiamente se participa o toma parte en algo junto con otras personas, no en solitario. Sin embargo, en la justificación de la enmienda que precipita este cambio en la regulación de la proposición, parece evidente que el propósito del legislador ha sido el de ensanchar la aplicabilidad de la figura (“se parte de un concepto más amplio (...”), en ningún caso recortarla. Constituye una posición muy consolidada entender que la invitación a la ejecución por cuenta propia queda comprendida en la proposición, por lo que resultaría incomprensible un intento de mutilación de este acto preparatorio certificando la irrelevancia penal precisamente de la inducción frustrada. Más desatinado todavía resultaría entender que la ampliación a la que se aspira se concreta en la extensión de la proposición (entendida como invitación a la coautoría junto con el coautor-proponente) a la invitación a la participación en sentido estricto en el delito del autor proponente, dejando en cambio fuera de la esfera de lo punible la inducción frustrada, esto es, la incitación a la ejecución por cuenta propia, dada la manifiesta mayor peligrosidad de esta última conducta, de autoría proyectada, en comparación con el requerimiento a una simple participación en el propio delito. De modo que, quien consideraba que la anterior formulación legal de la proposición albergaba solo la invitación a la coejecución puede seguir haciéndolo (quizá tenga hora algún argumento literal o gramatical añadido para sostener esta idea), pero también, a juicio del autor, con más razón, quien mantenga que la proposición debe entenderse en exclusiva como inducción frustrada, o, en fin, quien admita ambas posibilidades¹⁷⁷⁶.

Lo que definitivamente sí queda claro es que, en materia de terrorismo, la inducción frustrada es punible, pues “quien solicite a otro que cometa un delito” implica que el solicitante (proponente) no pretende cometer el delito realizando el hecho por sí

¹⁷⁷⁵ GALÁN MUÑOZ, *RDPC*, N°15, 2016, págs. 117-118. Le sigue: FERNÁNDEZ GARCÍA, *Revista penal México*, N°21, 2022, pág. 158.

¹⁷⁷⁶ LLABRÉS FUSTER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), *Comentarios a la reforma*, 2ª ed., 2015, págs. 82-83.

mismo, sino que simplemente, pide a otro que lo cometa. Ello podría llevar a concluir que en el art. 17.2 ya no cabe la inducción frustrada, pues si no, la solicitud del art. 579.2 *in fine* y la proposición prevista en el art. 579.3 en conexión con el art. 17.2 no tendrían diferencias¹⁷⁷⁷. Sin embargo, parece peligroso que la interpretación de un precepto relevante de la Parte General dependa de una previsión (además, totalmente residual e inaplicada) de la parte especial.

Pero, en fin, de todo lo anterior puede colegirse que el art. 579 no solo amplía los actos de provocación, sino también los actos de proposición¹⁷⁷⁸. Ello, repito, con las mismas penas.

2.3.1. Una única condena por la modalidad prevista en el art. 579.1

Ya he adelantado que este precepto ha motivado, desde su redacción de 2015, solo una condena. La sentencia contiene una exigua argumentación y una conclusión, a mi juicio, insólita. La sentencia transcribe la cronología de la actividad de la acusada en la red social Facebook desde 2013, en la que publicaba “de manera habitual y continua imágenes en modo público, con sus correspondientes comentarios, de contenido claramente laudatorio de las actividades violento-terroristas realizadas por la organización terrorista ETA y/o de sus autores o partícipes, a través de las que se provocan de forma genérica o se alientan o favorecen la realización de actividades terroristas, lo que sin duda genera un objetivo incremento de riesgo de efectiva comisión de hechos de esta clase”¹⁷⁷⁹.

¹⁷⁷⁷ También llegan a esta conclusión: CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento*, 2019, págs. 270-272 y n.p. 202.

¹⁷⁷⁸ BARBER BURUSCO, *CPC*, N°116, 2015, pág. 61.

¹⁷⁷⁹ La cronología es la siguiente:

- El día 29 de mayo de 2014 publica la imagen de un acto de violencia callejera junto al comentario “Garai zaharrak, borrokagariak/Viejos tiempos, tiempos de lucha”.
- El día 13 de agosto de 2013 publica una imagen en la que aparece un hombre armado junto al logotipo y las iniciales de la ilegalizada Coordinadora Abertzale Socialista (KAS), y el texto “BORROKA ARMATJA? (sic)/ LUCHA ARMADA?”. Marca “me gusta”, y señala la AN que “en la red social Facebook, al hacer clic en ‘me gusta’, la foto o comentario queda publicado en la biografía y difundido a través de la misma”. [Ello no es así, pues las interacciones en Facebook pueden ser públicas, pero no se comparten en el perfil propio (“feed”) directamente, pues para que ello ocurra el usuario ha de clicar en “Compartir en mi perfil”].
- El día 5 de septiembre de 2013 marca como “me gusta” una imagen en la que puede verse a Juan Ramón, condenado por colaboración con la organización terrorista ETA, junto con el texto “Gora Juan Ramón” y una estrella roja de 5 puntas, elemento identificador en la simbología de la organización terrorista ETA y otras organizaciones de la izquierda abertzale 8 ASK, Ikasle Abaertzaleak [se trata de una asociación estudiantil, por lo que no se entiende su referencia aquí], Gazteriak, Jarrai/Haika/Segi y la coordinadora ilegalizada KAS/EKIN).

La acusada prestó su conformidad con los hechos y con las penas interesadas por la Fiscalía, y, con ello, la AN declara que “se comprueba que efectivamente constituyen un delito de difusión de mensajes o consignas que, por su contenido, son idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo, según reza el art. 579.1 último inciso del CP) *por su relación con el art. 578 del mismo texto, resultando aplicable el art. 579 bis del mismo. También es de aplicación la continuidad delictiva prevista en el art. 74 del CP*”¹⁷⁸⁰.

Su motivación es mínima, aunque es cierto que se trata de una sentencia de conformidad. Valorando los hechos probados, no alcanzan en mi opinión la significancia que debería exigirse para motivar una condena penal, aun haciéndome cargo del bajo umbral de peligro a un ¿bien jurídico? que ya en sí presenta el delito del art. 579.1. Lo que se describe en los hechos probados, son actos de mera adhesión ideológica. En primer lugar, incluir en los hechos probados que fundamentan una condena los “me gusta” de determinadas publicaciones de una red social constituye una conducta sin significación jurídico penal y por tanto una burda vulneración de la libertad ideológica. Es una conducta que puede indicar la aceptación de algo y que puede constituir (o no) la manifestación de

- El día 7 de abril de 2014 publica una imagen con el logotipo de la ilegalizada Coordinadora Abertzale Socialista (KAS), con el comentario referido a la misma: “A veces se nos olvida de dónde venimos”.

- El día 12 de abril de 2014 publica una imagen del miembro de la organización terrorista ETA, junto al lema “Constantino ASKATU_i/Constantino LIBRE!” y una estrella roja de 5 puntas.

- El día 21 de abril de 2014 publica una imagen del recibimiento o acto público de homenaje de un miembro de la organización terrorista ETA, tras su excarcelación, con el mensaje: “ONGI ETORRI Lázaro!!!/BIENVENIDO Lázaro!!!”

- El día 22 de mayo de 2014 publica la imagen de un cartel con la fotografía de la miembro de la organización terrorista ETA, por el que se organiza un acto de recibimiento o bienvenida tras su excarcelación.

- El día 21 de diciembre de 2014 publica una fotografía del miembro histórico de ETA, Argala, con el comentario: “Berí gure memoria eta oihotzetan/Siempre en nuestra memoria y en nuestro corazón”.

- El día 16 de enero de 2015 publica un cartel con el logotipo de AMNISTIA TA ASKATASUNA y la imagen del miembro ETA, Constantino, con los lemas “Constantino AGUR ETA OHORE/Constantino ADIOS Y HONOR” y “zure borroka gure eredu/tu lucha nuestro modelo”, y una imagen del mismo con los lemas “AGUR ETA OHORE/ADIOS Y HONOR”, con la palabra ETA resaltada sobre una estrella de 5 puntas y “zue duintasana gure erdu/tu dignidad nuestro modelo”.

- El día 5 de febrero de 2015 publica una imagen en honor del miembro de la organización terrorista ETA, Diego, fallecido en la cárcel, con el texto “Diego gogoan zaitugu!”.

- El día 18 de febrero de 2015 publica una imagen con el anagrama de la organización ilegalizada ASKATASUNA con los lemas “EUSKAL PRESO ETA IHESLARIAK ETXERA/PRESOS Y HUIDOS VASCOS A CASA” y “BORROKA DA BIDE BAKARRA/LA LUCHA ES EL UNICO CAMINO”.

¹⁷⁸⁰ SAN 9/2016, de 14 de marzo.

una adhesión ideológica, y que, dados los usos actuales de las redes sociales, carece de toda significancia. Por otro lado, la AN tiene en cuenta los mensajes como un todo, y no se para a analizarlos pormenorizadamente. Por supuesto, tampoco contextualiza el mensaje, en un momento en el que ETA ya había abandonado las armas.

Pero lo más insólito de todo, sin embargo, es que el Tribunal conecta la difusión de mensajes con su idoneidad para incitar a la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo. Como ya he expresado al tratar los elementos configuradores de este delito, el art. 579.1 implica una llamada a delinquir de carácter indirecto y general, pero a un delito concreto y determinado, en tanto que la pena se determina en función de este. En este caso, se está castigando por la difusión de mensajes que pueden ser idóneos para que unas personas indeterminadas cometan un delito de enaltecimiento del terrorismo. Entonces, se está castigando por la expresión de unos mensajes que se suponen idóneos para la comisión de, a su vez, otro delito de mera expresión.

2.4. Un breve apunte: el derecho de reunión y manifestación y el delito de “difusión o propaganda” terrorista

Los mismos reparos constitucionales que se han puesto de manifiesto en el epígrafe anterior sobre el derecho de manifestación y reunión y el delito de enaltecimiento del terrorismo son plenamente trasladables aquí, en dos sentidos.

Primero, porque el delito de “difusión o propaganda” también podría darse en el seno de esas reuniones o manifestaciones, como ha ocurrido en numerosas ocasiones con el delito de enaltecimiento del terrorismo¹⁷⁸¹.

Segundo, porque podría considerarse que quien convoca el acto público de manifestación realiza una provocación, en el sentido del art. 18.1 CP, para la comisión de un delito del art. 578, provocación que resultaría punible en virtud del actual art. 579.3 CP. Apreciaban MARTÍNEZ GARAY/MIRA BENAVENT en su trabajo referido a la legislación anterior a 2010 que la convocatoria pública de un acto en el que alguien quizá cometa un delito de enaltecimiento del terrorismo no reuniría los requisitos que exige la provocación tal y como esta figura está regulada en el CP y como ha sido interpretada por doctrina y jurisprudencia, de manera que tampoco por esta vía sería posible entender que la convocatoria de estas reuniones es motivo suficiente para su prohibición judicial. En

¹⁷⁸¹ Ver *supra*: El enaltecimiento y la justificación del terrorismo.

primer lugar, porque la provocación consiste en incitar a otras personas para que estas cometan un delito, y no es esto lo que ocurre en los casos que estamos analizando. Cuando se convoca un acto público se está invitando a una pluralidad indeterminada de personas a asistir al mismo. Sin embargo, ya hemos visto que la mera asistencia a una manifestación o concentración no constituye delito alguno, ni siquiera un delito de enaltecimiento del terrorismo. Solo sería un acto de provocación si en la convocatoria se incitara directamente a todos los eventuales asistentes a participar de forma activa en la conducta apologética, leyendo discursos, declamando poemas laudatorios, cantando himnos homenaje, etc. En consecuencia, tampoco por la vía de los actos preparatorios de un delito de enaltecimiento del terrorismo puede hallarse base suficiente para, sobre la base de que se haya producido tal convocatoria pública, prohibir la celebración del acto convocado¹⁷⁸². Estas palabras, con las que estoy de acuerdo, se referían no obstante a la redacción del art. 579 anterior a 2010, que todavía preveía únicamente los actos preparatorios clásicos para los delitos de terrorismo y no contenía los tipos de “propaganda y difusión terrorista”. Las consideraciones hechas entonces por los autores podrían ser hoy distintas teniendo en cuenta la legislación vigente, pues el art. 579.1 representa una especie de incitación genérica a la comisión de un delito concreto, que en este caso, sería el de enaltecimiento del terrorismo: la convocatoria de una manifestación, por ejemplo, de homenaje a un miembro de ETA, podría entenderse como la difusión de un mensaje con la finalidad o (e) idóneo para incitar a la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo. La posibilidad de conectar el art. 579.1 con la incitación genérica a un delito de enaltecimiento, a pesar de todos los reparos que representa desde el punto de vista de la libertad de expresión, así como por su total inobservancia del principio de lesividad, es una posibilidad que el ordenamiento permite, y así se ha condenado por ello.

Retornando a la cuestión que me ocupa en este punto, conviene señalar que lo apuntado sobre el derecho de manifestación y el delito del art. 579 parece hoy más un apunte teórico, pues ya he señalado que desde aproximadamente 2017 la AN se ha decantado por no intervenir judicialmente ante estas manifestaciones.

¹⁷⁸² MARTÍNEZ GARAY/MIRA BENAVENT, *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, 2011, págs. 219-223.

2.5. A modo de conclusión: el delito de “difusión o propaganda” terrorista y los actos preparatorios *sui generis* ¿son necesarios? ¿cabe una interpretación de estos conforme a la Constitución?

Aunque he tratado de esbozar las características esenciales de estos delitos y de ubicarlos en las categorías dogmáticas, su distinción de otras figuras delictivas similares, tanto teórica como en el caso concreto, dista de ser clara. Ello, porque el legislador ha introducido en este precepto delitos que no se ajustan a los actos preparatorios de la Parte General, y también porque se da una sobredimensión de delitos de terrorismo con elemento comunicativo. A mayor abundamiento, como el caso español desborda las previsiones europeas en prácticamente todos los puntos de su regulación, no cabe acudir a ellas como vía de ayuda interpretativa en este sentido. Así, el art. 579.1 se solapa con otros tipos penales, principalmente con el art. 578 CP, pero no únicamente¹⁷⁸³ (y, además, los órganos judiciales entienden incluso que la difusión de mensajes puede serlo para incitar a la comisión de delitos de enaltecimiento de terrorismo¹⁷⁸⁴). En otro lugar de esta obra hice referencia al art. 170.2 CP¹⁷⁸⁵, que castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años a los que reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas, dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo. Esta previsión, que realmente no coincide con la estructura típica de los demás delitos de amenazas previstos en el CP, aunque estén allí sistemáticamente ubicadas, tiene cierto parentesco con la apología del delito, por lo que se superpone con el precepto que ahora comento, así como con el art. 579.3 (que prevé los demás actos preparatorios). También pueden existir coincidencias con los delitos de captación y de adoctrinamiento activo (art. 577.2 CP), ubicados en los delitos de colaboración terrorista¹⁷⁸⁶, que castigan a aquel que realice cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento¹⁷⁸⁷, pues la labor de

¹⁷⁸³ Ponen de manifiesto esta problemática: MARTÍNEZ GARAY/MIRA BENAVENT, *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, 2011, págs. 23-24; BARBER BURUSCO, *CPC*, Nº116, 2015, págs. 48 y ss; CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2020, n.m. 19090; OLMEDO CARDENETE, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Sistema PE*, 4ª ed., 2021, pág. 1605. También la SAN 24/2013, de 12 de julio, con respecto al art. 578 CP.

¹⁷⁸⁴ SAN 9/2016, de 14 de marzo.

¹⁷⁸⁵ Ver n.p. 1307.

¹⁷⁸⁶ Ver *supra*: El art. 577.2 CP: la captación, el adiestramiento y el adoctrinamiento activos.

¹⁷⁸⁷ “(...) que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquier delito de terrorismo [el legislador incluso, como sabemos, utiliza prácticamente la misma redacción en la tipificación penal de ambos preceptos]”.

captar y de adoctrinar implica difundir doctrinas o expresiones persuasivas para la comisión de delitos, lo que se lleva a cabo, entre otras acciones, difundiendo mensajes y consignas¹⁷⁸⁸. Esto último, tiene un especial parentesco con la modalidad del art. 579.2 *in fine*, pues ambos toman aspectos de la proposición delictiva. La subsunción de los hechos en uno u otro tipo penal tiene serias diferencias penológicas, por lo que los órganos judiciales deberán analizar exhaustivamente los hechos, pues disponen de un amplio abanico de conductas con elemento comunicativo, y las diferencias entre ellas son complejas de determinar.

El art. 579.1 y 2, como se ha demostrado, prevé como delictivas conductas de difícil encaje en las categorías dogmáticas, de lo que es prueba su menos que anecdótica (art. 579.1) o nula aplicación judicial (art. 579.2). Es por ello por lo que entiendo que se trata de un precepto innecesario¹⁷⁸⁹. Pero además de ello, el precepto analizado tiene un difícil encaje jurídico-constitucional, pues, de nuevo, se cierne sobre el ámbito reservado a la libertad de expresión¹⁷⁹⁰.

En relación con el art. 579.1, algunos autores señalan que puede ser incluso más claramente inconstitucional que las distintas formas relativas al adoctrinamiento, puesto que el art. 579.1 no se refiere a personas concretas, pudiendo llegar a penalizar la mera manifestación de ideas¹⁷⁹¹. El único ejemplo enjuiciado, respalda esta consideración. Pero es que, además, los efectos penológicos que posibilita pueden ser muy graves. La tendencia securitaria en la que está inmersa el Derecho penal, y, sobre todo, el antiterrorismo, hace poco augurable la derogación de este precepto. Conviene entonces preguntarse si cabría una interpretación restrictiva, de *lege lata*. Teniendo en cuenta que

¹⁷⁸⁸ De hecho, GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, págs. 1940-1941, opina que el delito de adoctrinamiento activo cubre sobradamente la incitación indirecta genérica, por lo que apenas existe espacio lógico para aplicar la previsión del art. 579.1 CP, salvo que, por aplicación del principio de alternatividad, la incitación indirecta venga referida a delitos concretos cuya pena, rebajada al menos en un grado, sea superior al límite máximo de diez años de pena de prisión que establece el art. 577 CP. Entiende entonces el autor que el art. 579.1 CP se aplicará cuando el mensaje objetivamente incitador, específicamente adaptado a un delito o delitos concretos, esté despojado de cualquier referencia *doctrinal* justificativa (algo insólito en las incitaciones yihadistas y por lo común en el resto de los fenómenos terroristas) o cuando incluyendo *doctrina*, se proyecte sobre infracciones que determinarán más pena que la prevista en el art. 577 CP.

¹⁷⁸⁹ También: PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, 2017, págs. 379-380; GARCÍA SÁNCHEZ, *RGDP*, Nº35, 2021, [versión sin paginar].

¹⁷⁹⁰ También: CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, pág. 945; CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2020, n.m. 19090; MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 2021, 23ª ed., pág. 875.

¹⁷⁹¹ CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios*, 2015, pág. 945; MUÑOZ CONDE, *Manual PE*, 2021, 23ª ed., pág. 875.

este delito emana, y así lo reconoce el legislador, de las normas europeas sobre provocación al terrorismo, ¿tendría sentido aplicar los mismos requisitos que para el enaltecimiento del terrorismo? Esto es, la finalidad incitadora, siquiera indirecta; y la generación de un riesgo de comisión (que el legislador de 2015 eliminó del tenor del artículo), aplicando todos los criterios que he enunciado para la interpretación del delito de enaltecimiento del terrorismo¹⁷⁹². Aunque todo ello, hará que en la práctica sea sumamente difícil de distinguirlo (lo que ya de por sí es complejo) del delito de enaltecimiento del terrorismo.

3. Las decisiones sobre la constitucionalidad de los delitos derivados de la “provocación pública al terrorismo” en el Derecho comparado: Bélgica y Francia

3.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional belga N°31/2018, de 31 de marzo

La legislación belga prevé, desde 2013, una disposición penal en el art. 140 bis de su Code Pénal que castiga con penas de prisión de cinco a diez años y multa la difusión de mensajes o la puesta a disposición del público de mensajes que inciten a la comisión de actos terroristas. Aunque su formulación sea parecida a la de nuestro art. 579.1, en realidad constituye un precepto que podría homologarse tanto a ese precepto como al 578 CP, pues el Code Pénal belga no incluye tantas ramificaciones delictivas de lo que las normas comunitarias designan como “provocación pública” al terrorismo.

El art. 140 bis del Code Pénal, en su redacción de 2013, exigía la creación de un riesgo efectivo de comisión, como requerían expresamente las normas europeas en materia de provocación terrorista¹⁷⁹³. Esta primera versión, fue impugnada ante el Tribunal Constitucional belga por vulnerar la libertad de expresión. El Tribunal, en su

¹⁷⁹² Ver *supra*: Los criterios para tener en cuenta en la evaluación del riesgo.

¹⁷⁹³ La versión de 2013 era la siguiente: “Sin perjuicio de la aplicación del art. 140, toda persona que difunda o ponga a disposición del público de otro modo un mensaje con la intención de incitar a la comisión de uno de los delitos contemplados en el art. 137, con excepción del contemplado en el art. 137, § 3, 6°, será castigada con pena de prisión de cinco a diez años y multa de cien euros a cinco mil euros, cuando dicha conducta, propicie o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, genere el riesgo de que se cometan uno o varios de estos delitos”; (“*Sans préjudice de l’application de l’article 140, toute personne qui diffuse ou met à la disposition du public de toute autre manière un message, avec l’intention d’inciter à la commission d’une des infractions visées à l’article 137, à l’exception de celle visée à l’article 137, § 3, 6°, sera punie de la réclusion de cinq ans à dix ans et d’une amende de cent euros à cinq mille euros, lorsqu’un tel comportement, qu’il préconise directement ou non la commission d’infractions terroristes, crée le risque qu’une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises*”).

Sentencia 9/2015, de 28 de enero, ya comentada¹⁷⁹⁴, dictaminó que el art. 140 bis original del Code Pénal no suponía una vulneración injustificada de la libertad de expresión. La exigencia de la generación de un riesgo se consideraba una salvaguarda contra el castigo de actos no relacionados con el terrorismo, y así se plasmaba en los trabajos legislativos. Por otra parte, se señalaba que el órgano judicial debía tener en cuenta para valorar el riesgo la identidad de la persona que difunde el mensaje o lo pone a disposición del público, el destinatario, la naturaleza del mensaje y el contexto en el que se formula.

Mediante una Ley de 3 de agosto de 2016, el legislador belga modificó varios extremos de la legislación penal antiterrorista. Uno de esos extremos, precisamente, era la supresión de la referencia a la generación de un riesgo de comisión de delitos de terrorismo (art. 2.3º de la Ley¹⁷⁹⁵) en la difusión de mensajes o puesta a disposición de mensajes con contenido terrorista. Con esta reforma, se ampliaba el ámbito de incriminación de la incitación pública a cometer actos terroristas, al eliminar uno de sus requisitos esenciales: la evaluación caso por caso del riesgo.

La ONG Ligue des Droits de l'Homme presentó un recurso ante el Tribunal Constitucional belga contra la citada reforma penal, que declaró inconstitucional mediante su Sentencia 31/2018, de 31 de marzo.

La parte demandante criticaba que el art. 2.3º de la Ley de la vulneraba el principio de legalidad penal, en la medida en que dicho precepto suprimía del art. 140 bis del Code Pénal la referencia al riesgo, contrariando las previsiones sobre provocación de la DM 2002/475/JAI (hoy, Directiva 541/2017). El delito de difusión de mensajes que inciten a la comisión de delitos de terrorismo pasaba con la reforma a ser tan amplio, que hacía imposible a los órganos judiciales la evaluación del alcance preciso del delito. El demandante se remite a este respecto a la jurisprudencia anterior del Tribunal sobre la versión original del art. 140 bis del Code Pénal, la cual, como sabemos, sí estimó

¹⁷⁹⁴ Ver *supra*: La Sentencia N°9/2015, de 28 de enero, del Tribunal Constitucional belga con respecto a la constitucionalidad de los delitos de reclutamiento, adiestramiento activo y adiestramiento pasivo del Code Pénal belga.

¹⁷⁹⁵ “Art. 2. En el art. 140 bis del Code Pénal, (...) se introducen las siguientes modificaciones: 1º las palabras ‘directa o indirectamente’ se insertan entre las palabras ‘con la intención de incitar’ y las palabras ‘a la comisión’ (...) 3º se derogan las palabras ‘cuando dicha conducta, independientemente de que propugne o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, cree el riesgo de que se cometan uno o varios de estos delitos’; (“Art. 2. A l'article 140 bis du Code pénal, (...) les modifications suivantes sont apportées: 1º les mots ‘directement ou indirectement’ sont insérés entre les mots ‘avec l'intention d'inciter’ et les mots ‘à la commission’ (...) 3º les mots ‘lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infractions terroristes, crée le risque qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises’ sont abrogés”).

conforme a la Constitución precisamente por exigir el requisito de la generación del riesgo. El demandante también alegaba que el art. 2.1º de la Ley de 3 de agosto de 2016 vulneraba el principio de legalidad penal, en la medida en que insertaba en el art. 140 bis del Code Pénal las palabras “directa o indirectamente”. El tercer motivo que adujo fue la violación del principio de proporcionalidad de las penas, en la medida en que la supresión del requisito de riesgo conducía también a la criminalización de hechos menos graves, sin que se redujera con ello la pena mínima.

La representación del Estado en el recurso defendía que el requisito de riesgo se eliminó porque era poco claro e impedía una lucha eficaz contra la incitación al terrorismo. Consideró que la condición de riesgo no es un elemento constitutivo del delito, a pesar de que pudiera tomarse en consideración para evaluar la gravedad de los hechos y para determinar la pena. Por otro lado, el carácter general de las palabras “directa o indirectamente” no impedía que la definición del delito siguiera siendo suficientemente clara, sobre todo teniendo en cuenta la amplia cobertura mediática de la incitación al terrorismo. Por último, la representación del Estado respondió que las elevadas penas se justifican por las graves consecuencias que puede tener la incitación al terrorismo, especialmente a la luz del uso de las redes sociales.

El Tribunal Constitucional abordó el análisis de la disposición modificada del Code Pénal teniendo en cuenta su Sentencia de 2015¹⁷⁹⁶.

Según los trabajos legislativos de la reforma a examen, el legislador suprimió la referencia al riesgo para simplificar la prueba de la incitación al terrorismo, que se tornaba difícil en muchos supuestos. Sobre ello, el Tribunal belga reconoció que la necesidad de simplificar la prueba no puede justificar una condena a prisión y multa por incitación al terrorismo cuando no hay indicios serios de riesgo de actos terroristas, como exigen las normas europeas.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional afirmó que la nueva versión del art. 140 bis del Code Pénal constituía una limitación desproporcionada de la libertad de

¹⁷⁹⁶ Ver *supra*: La Sentencia N°9/2015, de 28 de enero, del Tribunal Constitucional belga con respecto a la constitucionalidad de los delitos de reclutamiento, adiestramiento activo y adiestramiento pasivo del Code Pénal belga.

expresión¹⁷⁹⁷ y no era necesaria en una sociedad democrática, por lo que era anulada por inconstitucional (los demás motivos fueron desestimados).

Como he señalado, la legislación belga es más reducida en relación con los delitos de expresión. El art. 140 bis que analiza el Tribunal Constitucional es la trasposición de lo que las normas europeas designan como “provocación pública al terrorismo”. Aunque la formulación es parecida a la de nuestro art. 579.1, en realidad constituye un precepto que podría homologarse tanto a ese precepto como al 578 CP, pues el Code Pénal belga no prevé tantas figuras delictivas.

En cuanto al art. 579 CP, es curioso el paralelismo que existe entre el caso belga y el español, pues en ambos países se previó en un primer momento el requisito de la generación de un riesgo de comisión de delitos de terrorismo como consecuencia de las expresiones realizadas, como preveían las normas europeas, y, tras sendas reformas legislativas, ambas referencias se eliminaron de los preceptos.

3.2. La Decisión del Consejo Constitucional francés N°2018-706, de 18 de mayo de 2018, sobre el delito de enaltecimiento del terrorismo

El Tribunal de Casación planteó una cuestión prioritaria de constitucionalidad sobre tres disposiciones del Code Pénal francés.

Las disposiciones impugnadas eran el art. 421-2-5, el art. 422-3 y el art. 422-6 del Code Pénal. El art. 421-2-5, en su redacción dada por una Ley de 13 de noviembre de 2014, prevé el delito de provocación directa y de enaltecimiento público de actos de terrorismo con una pena de cinco años de prisión y multa de 75.000 euros, pena aumentada a siete años de prisión y multa de 100.000 euros cuando la infracción se haya cometido mediante la utilización de un servicio público de comunicación en línea¹⁷⁹⁸. El art. 422-3 del Code Pénal introduce penas adicionales que pueden imponerse a los autores de este delito. Se incurre así, por un plazo máximo de diez años, en la prohibición de los derechos cívicos, civiles y familiares, la inhabilitación para ejercer una función pública o

¹⁷⁹⁷ El Tribunal consideró que vulneraba el derecho a la libertad de expresión garantizado por el art. 19 de la Constitución belga, en combinación con el art. 19 del PIDCP, el art. 11 CDFUE y el art. 10 del CEDH (como “conjunto indisoluble de disposiciones”).

¹⁷⁹⁸ “*Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. / Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne. (...)*”.

de ejercer la actividad profesional o social en el ejercicio o en la ocasión de cuyo ejercicio se haya cometido la infracción, así como la prohibición de residencia¹⁷⁹⁹. Finalmente, el art. 422-6 del Code Pénal castiga a las personas “culpables de actos de terrorismo”, con una pena adicional de decomiso de todos o de parte de sus bienes¹⁸⁰⁰. Me centraré en las cuestiones de la sentencia relativas al delito de enaltecimiento público del terrorismo.

El Tribunal de Casación entiende que, por un lado, las disposiciones que sancionan el enaltecimiento de los actos de terrorismo desconocen el principio de legalidad de las infracciones y de las penas, pues el legislador no ha delimitado suficientemente su alcance. Considera, por otra parte, que también vulnera la libertad de expresión, al tipificar como delito una conducta sin la exigencia de que su autor manifieste una intención terrorista y sin exigir un riesgo de comisión de actos de terrorismo. Finalmente, entiende que las penas principales y accesorias de este delito contravendrían los principios de necesidad y proporcionalidad de las penas.

En primer lugar, el Conseil Constitutionnel interpreta que de la tipificación del delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 421-5 del Code Pénal se desprende que la conducta debe incluir el juicio favorable (la exaltación, el enaltecimiento) de un delito expresamente calificado por la ley como “acto de terrorismo” o de la persona que lo cometió. Por otro lado, esta conducta debe materializarse mediante palabras, imágenes o actos de carácter público, es decir, en circunstancias que reflejen la intención del autor de hacerlos públicos. Por lo tanto, entiende el Tribunal Constitucional de Francia que las disposiciones impugnadas no son ambiguas y son suficientemente precisas para neutralizar el riesgo de arbitrariedad en su aplicación, por lo que desestima el motivo basado en la vulneración del principio de legalidad de las infracciones y penas.

En segundo lugar, en cuanto al principio de proporcionalidad de las penas, el Consejo Constitucional entiende que el tipo agravado (el aplicable cuando las expresiones

¹⁷⁹⁹ El art. 422-3 del Code Pénal introduce penas adicionales que pueden imponerse a las personas físicas condenadas por alguno de los delitos previstos en el Título II del Libro IV del mismo Código, entre los que se encuentra el delito de enaltecimiento de actos de terrorismo. Habida cuenta de la naturaleza de la conducta sancionada, las penas accesorias instituidas, que se imponen según las circunstancias de la infracción y de su autor, no son manifiestamente desproporcionadas.

¹⁸⁰⁰ El art. 422-6 del Code Pénal establece una pena adicional de decomiso de bienes. Por un lado, aunque el delito de enaltecimiento de actos de terrorismo esté previsto en el art. 421-2-5 del Code Pénal, que figura en el Capítulo I, titulado “Actos de terrorismo”, del Título II del Libro IV del mismo Código, el legislador no ha calificado expresamente este delito como acto de terrorismo. Por lo tanto, la pena adicional de decomiso establecida por el art. 422-6 no es aplicable a las personas condenadas por un delito de enaltecimiento del terrorismo. Ello sin perjuicio de que el Consejo Constitucional concluya que, habida cuenta de la gravedad de los delitos constitutivos de actos de terrorismo a los que se aplica, la pena adicional de decomiso introducida no es desproporcionada.

se realizan utilizando un servicio público de comunicación en línea) no es desproporcionado, teniendo en cuenta que el legislador ha introducido el tipo agravado por el alcance particular de la difusión de mensajes prohibidos que permite ese modo de comunicación, así como por su influencia en el proceso de adoctrinamiento de personas susceptibles de cometer actos de terrorismo.

En tercer lugar, el Conseil Constitutionnel se ocupa de la alegada vulneración de la libertad de expresión y comunicación. Advierte en primer lugar, como ya hizo en otras sentencias mencionadas en este trabajo, que el legislador es libre de incluir tipos penales que castiguen los abusos del ejercicio de la libertad de expresión y comunicación que atenten contra el orden público y los derechos de terceros. También es libre de promulgar normas para conciliar la búsqueda de objetivo de combatir la incitación y provocación al terrorismo, que forma parte del objetivo de valor constitucional de salvaguardar el orden público y prevenir delitos, con el ejercicio del derecho a la libre comunicación y la libertad de hablar, escribir e imprimir. Sin embargo, la libertad de expresión y de comunicación es tanto más preciosa en cuanto a que su ejercicio es una condición de la democracia y una de las garantías del respeto de los demás derechos y libertades. De ello se deduce que la injerencia en el ejercicio de esta libertad debe ser necesaria, adecuada y proporcionada al objetivo perseguido.

En particular, al tipificar el delito de enaltecimiento público de actos de terrorismo, el legislador pretendía impedir la comisión de tales actos y evitar la difusión de expresiones que ensalzaran actos destinados a perturbar gravemente el orden público mediante la intimidación o el terror. Al hacerlo, el legislador persiguió el objetivo de valor constitucional de prevenir las infracciones al orden público y los delitos, de los cuales forma parte el objetivo más específico de combatir el terrorismo. Entiende el Consejo Constitucional que el enaltecimiento público del terrorismo o de sus autores, por la amplia difusión de ideas y comentarios peligrosos que promueve, en sí misma crea una perturbación del orden público. El juez debe decidir, según las circunstancias concurrentes en el caso y las del autor, la magnitud de la perturbación causada al orden público. En consecuencia, la injerencia en la libertad de expresión y comunicación por parte de las disposiciones impugnadas es necesaria, adecuada y proporcionada al objetivo perseguido, y el Consejo Constitucional desestima también este motivo de la cuestión de constitucionalidad, declarando el delito previsto en el art. 421-5 del Code Pénal acorde a

la Constitución francesa¹⁸⁰¹. ALIX ha criticado este punto de la Decisión, pues entiende que la redacción legislativa y su aplicación por los tribunales con la aprobación de Conseil Constitutionnel vulnera la libertad de expresión. Por ello, defiende que la utilización de la redacción europea, que, sin hacer imposible la represión, se presenta como más protectora de la libertad de expresión que la legislación francesa¹⁸⁰².

De todo lo anterior se desprende que el Conseil Constitutionnel entiende el delito de enaltecimiento como un delito que perturba “en sí mismo” el orden público. Está muy lejos de la decisión del Tribunal Constitucional belga que declara la inconstitucionalidad por faltar requisitos en el tipo penal, pero también muy lejos de la jurisprudencia constitucional española, que ha ido perfilando los requisitos por vía interpretativa.

4. Conclusiones comunes a los delitos emparentados con los actos preparatorios punibles

Trataré de aunar aquí algunas conclusiones tras la valoración de los delitos previstos en los arts. 578 y 579 del CP, por su proximidad típica con los actos preparatorios del delito y porque ambos pueden identificarse con una única figura en las normas europeas, la “provocación pública” al terrorismo.

Se han expuesto tres formas de proceder de distintos tribunales constitucionales para con el delito de enaltecimiento de terrorismo/difusión de mensajes. Haciéndome cargo de las distancias entre los procedimientos de acceso y de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad de otros países con las del nuestro, la solución belga me parece la más acertada: los requisitos deben estar en el tipo penal, y, si no están, la norma vulnera la libertad de expresión, por lo que debe ser declarada inconstitucional. Me remito a las críticas realizadas anteriormente relativas al cauce interpretativo que ha seguido nuestro TC.

Y aunque podamos reconocer que, por ejemplo, la concesión del amparo de César Strawberry (STC 35/2020, de 25 de febrero) va en la buena dirección, ello no debe tapar la realidad. En otro lugar de este trabajo ya he puesto de manifiesto cómo algunos

¹⁸⁰¹ Cabe señalar la existencia de otra sentencia del Consejo Constitucional francés que trata el delito de enaltecimiento del terrorismo. De acuerdo con su Decisión N°2020-845 QPC, de 19 de junio de 2020, el enaltecimiento público de los actos de terrorismo (art. 421-2-5-1° Code Pénal), no pueden interpretarse, sin desconocer la libertad de expresión y de comunicación, en el sentido de castigar un delito de encubrimiento de enaltecimiento de actos de terrorismo.

¹⁸⁰² ALIX, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, N°2, 2019, pág. 519.

Magistrados del TC vienen recientemente criticando la deriva punitivista en materia de delitos de expresión y la aceptación generalizada de ello por parte del TC. De acuerdo con la opinión de estos jueces, “la proliferación de los delitos de expresión en la ley penal, junto con una interpretación abierta muchas veces a interpretaciones poco restrictivas y a una frecuente utilización del proceso penal para sancionar determinadas expresiones que admitirían la aplicación de mecanismos estatales de inferior gravedad, amenaza con instalar de manera inquietante la imagen de una sociedad sometida y en actitud disciplinada poco conforme con lo que debe ser el ejercicio de la crítica en una sociedad democrática avanzada. (...) Es imperativo que la justicia constitucional coadyuve (...) a normalizar que, dentro de un sistema constitucional democrático, los sujetos intervinientes en la vida social e institucional deben soportar, dentro de los límites constitucionales, expresiones críticas, lacerantes, hirientes y hasta insultantes sin que estas sean objeto de una respuesta punitiva o, en su caso, desproporcionada. (...)”¹⁸⁰³.

A pesar de que les asiste la razón a los Magistrados, también es cierto que el TC puede llegar hasta donde puede llegar. Ni todas las vulneraciones de derechos fundamentales le llegan en amparo¹⁸⁰⁴, ni puede resolver la inconstitucionalidad de normas si ello no se le ha solicitado por la vía de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad.

Por ello, antes de criticar al TC, cabe manifestar una crítica a la política criminal imperante de nuestros días. La obsesión securitaria inunda la política criminal antiterrorista. Pero, cuando de delitos de expresión se trata, existen además otros objetivos velados, dirigidos a la erradicación o silenciamiento de ciertos discursos, y no necesariamente de discursos terroristas. Se han ejemplificado numerosos casos de personas que ni siquiera tenían relación alguna con el entorno más lejano de organizaciones ya hace muchos años desaparecidas, que, en tono satírico o crítico, han emitido expresiones con alguna referencia al terrorismo o a sus autores. Huelga decir que esas declaraciones pueden carecer de gracia, ser ofensivas o aberrantes, pero el surgimiento de responsabilidad penal es otra cuestión. Lo que está detrás de ello, en realidad, no es tanto la erradicación del discurso terrorista, sino simple y llanamente, el

¹⁸⁰³ Esta situación es denunciada por varios votos particulares formulados por el Magistrado Xiol Ríos y por la Magistrada Balaguer Callejón a varias sentencias del TC. Entre otras, la STC 190/2020, de 15 de diciembre; STC 192/2020, de 17 de diciembre; STC 133/2021, de 24 de junio; o la STC 112/2016, de 20 de junio (en esta última, el voto es formulado por el Magistrado Xiol Ríos).

¹⁸⁰⁴ Muchas menos, por cierto, desde el endurecimiento de los requisitos de admisión a partir de la reforma de 2007 de la LOTC.

silenciamiento de algunos discursos heterodoxos o antisistema¹⁸⁰⁵. Esta conclusión también la corrobora el hecho de que la erradicación del discurso terrorista yihadista se encauza recientemente con la utilización de los delitos de adoctrinamiento en todas sus formas, y no tanto por la vía del delito previsto en el art. 578 CP, que parece utilizarse cuando se trata de expresiones sobre organizaciones terroristas locales y extintas.

Y todos los poderes del Estado están implicados de una forma u otra. Además de la sobredimensión de las formas delictivas con elemento comunicativo que he analizado en las páginas precedentes, la política de persecución que se ha asumido desde el poder ejecutivo y desde la Fiscalía en los últimos años (ejemplo paradigmático de ello, la “Operación Araña”), así como las interpretaciones disconformes con la libertad de expresión de muchas sentencias de la AN y del TS, como señala CANCIO MELIÁ, confirma la impresión de que existe la intención de combatir la disidencia política mediante una amenaza que desaliente su comunicación pública, y de suplir la afortunada ausencia de verdaderos autores de delitos terroristas mediante la construcción normativa de determinados actos de comunicación como delitos de terrorismo¹⁸⁰⁶.

El GEPC propone una solución conjunta para los delitos previstos en el art. 578 y en el 579 CP, que me parece plausible y conforme con los derechos fundamentales: el art. 578: “1. La incitación pública y directa a la comisión de cualquiera de los delitos señalados en los arts. 572 a 577, la justificación o el enaltecimiento público de estos delitos o de sus autores, siempre que por su naturaleza y circunstancias constituyan una incitación directa a cometer uno de estos delitos, serán castigados con una pena de uno a tres años de privación de libertad cuando genere con ello un riesgo inminente de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos. En el caso de que el delito a cuya comisión se incite tuviera prevista una pena de igual o inferior gravedad, se impondría esta, rebajada en un grado. 2. Será pública aquella manifestación que haya sido accesible a un elevado número de personas mediante el uso de cualquier medio de expresión pública, de difusión o de comunicación social, internet o tecnologías de la información (...)”; y el art. 579: “1. Los actos de conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en este Capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que

¹⁸⁰⁵ Muy crítico con ello: MIRA BENAVENT, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, págs. 319-320.

¹⁸⁰⁶ CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento*, 2020, n.m. 19083.

corresponda respectivamente a los hechos previstos en este Capítulo”¹⁸⁰⁷. Aunque es cierto que quizá la extensión a todos los tipos del Capítulo no sería la solución más adecuada, pues, como he expuesto más arriba, contamos con delitos de terrorismo que ya de por sí son actos materialmente preparatorios, para los que extender los actos preparatorios punibles sería adelantar desmesuradamente la barrera de punición.

IV. Los combatientes terroristas extranjeros y los retornados: la criminalización de los viajes con fines terroristas¹⁸⁰⁸

1. Cuestiones generales sobre los combatientes terroristas (extranjeros y retornados): el Consejo de Seguridad, las organizaciones regionales europeas y el legislador español

La Resolución 2178 del Consejo de Seguridad mostraba su honda preocupación por la creciente amenaza representada por los combatientes terroristas extranjeros, que el Consejo de Seguridad define como: “Las personas que viajan a un Estado distinto de su Estado de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o de proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, incluso en relación con conflictos armados”. Uno de los puntos más significativos de la Resolución, además de la definición, es precisamente que exhortaba a los Estados miembros a tipificar en sus legislaciones internas como delitos graves el viajar o el intentar viajar a un Estado distinto del de su Estado de residencia o nacionalidad, con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo¹⁸⁰⁹.

¹⁸⁰⁷ GEPC, *Una propuesta*, 2020, págs. 44-48. La justificación es la siguiente: la “despenalización de la actual sanción de formas difusas de provocación y apología débiles o de segundo grado en las que no se puede identificar una voluntad de incitación a la comisión del delito concreto y que tampoco serían objetivamente idóneos a tal efecto. Asimismo, se demanda que genere con ello un riesgo inminente de que se puedan cometer uno o varios de los delitos a los que se incita. Por consiguiente (...) se produce la completa despenalización de la apología como simple enaltecimiento. En consonancia con ello se suprime la referencia a la provocación en el art. 579 CP. Todas las formas de incitación pública directa o indirecta a la comisión de delitos de terrorismo quedan recogidas en el artículo anterior. Su eliminación evita la duplicidad sobre la que se apoya la actual distinción entre provocaciones/apologías fuertes y débiles, así como la posibilidad de sancionar la provocación a la provocación débil, la provocación a la apología débil, la apología de la apología débil, etc.”

¹⁸⁰⁸ He estudiado esta cuestión, de forma más sucinta, en: MOLINA ÁLVAREZ, *CPC*, N°130, 2020, págs. 113-147.

¹⁸⁰⁹ Ver *supra*: La evolución funcional del Consejo de Seguridad y sus Resoluciones sobre terrorismo.

El Preámbulo de la LO 2/2015 hace especial referencia a este fenómeno de los combatientes terroristas *desplazados*. Según el legislador español, se trata de “sujetos que deciden unirse a las filas de las organizaciones terroristas internacionales o de sus filiales en alguno de los escenarios de conflicto bélico en que los yihadistas están participando”¹⁸¹⁰ (generalmente, en el momento de aprobación de la reforma: Siria e Irak, citados por el propio Preámbulo). Este fenómeno es, en ese momento y según el legislador, una de las mayores amenazas a la seguridad de toda la comunidad internacional y de la UE en particular, toda vez que existen sujetos que se desplazan para adiestrarse en el manejo de armas y explosivos, adquirir la capacitación necesaria y ponerse a las órdenes de los grupos terroristas.

El *foreign terrorist fighter* constituye una categoría jurídica que se contradice en sus propios términos, a pesar de que haya sido creada por el Consejo de Seguridad y se haya incorporado a las legislaciones penales internas de un elevado número de Estados. Primero, porque si se es fiel a la definición dada por la Resolución 2178 y el viaje puede realizarse a cualquier lugar, la utilización del término “combatiente” para la persona que viaja a un lugar no incurso en conflicto armado no tiene razón (jurídica) de ser. En ese sentido, la definición dada en el Preámbulo por la LO 2/2015, sería más adecuada lingüísticamente, pues se refiere únicamente a las personas que van a lugares de conflicto armado a unirse a organizaciones terroristas en el terreno. Ahora bien, jurídicamente, ni el término en sí ni ninguna de las dos definiciones son adecuadas, pues mezclan en un mismo concepto elementos de dos Derechos: del DIH y del Derecho penal. Si se respeta el Derecho internacional, o se es combatiente, con las implicaciones que ello presenta en materia de usos lícitos de la fuerza o de tratamiento de los prisioneros de guerra; o se es terrorista, lo que supondrá la puesta en marcha de la maquinaria penal antiterrorista interna de cada Estado¹⁸¹¹. La Resolución 2178 sienta las bases para el nacimiento de un

¹⁸¹⁰ Como se observa, el legislador español se aparta de la definición de combatiente terrorista extranjero dada por la Resolución 2178.

¹⁸¹¹ Consideraciones similares realiza PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, 2017, pág. 351, al señalar que legislador no utiliza correctamente la terminología bélica, militar o de combate, pues el término combatiente es irrelevante en el ámbito del Derecho internacional en tiempos de paz (situación en la que nos encontramos en España). De hecho, cuando un país está en guerra, podrá detener a un combatiente que se desplace o traslade con el fin de participar en el conflicto, durante el tiempo que dure este, respetando el DIH, como prisionero de guerra, pero no podrá enjuiciarlo por la mera pertenencia al grupo u organización que sea parte de un conflicto armado ni por sus actividades que lleve a cabo en el conflicto, si no son ilegales (art. 13 III Convenio de Ginebra).

*tertium genus*¹⁸¹², al que no otorga un régimen jurídico claro. Bajo mi punto de vista, se trata de la más clara y actual manifestación de emborronamiento de los conceptos de terrorismo y guerra, incorporada legalmente al acervo internacional y a las legislaciones penales internas. Se trata, de nuevo, de un intento por legitimar el tratamiento híbrido (pero siempre en su vertiente peyorativa) del terrorismo.

Bajo las premisas de la Resolución 2178 se introdujo en 2015 en el art. 575.3 CP un novedoso delito que castigaba el traslado o establecimiento en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista, con finalidad terrorista.

Pocos meses después, el Consejo de Europa adoptó el Protocolo Adicional, que también preveía en su art. 4 los viajes al extranjero con fines de terrorismo, entendiendo como tal “desplazarse a un Estado que no sea el de nacionalidad o residencia del viajero para cometer, contribuir a la comisión o participar en un delito de terrorismo, o para proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo”. En el art. 4.3, dispone que los Estados del Consejo de Europa deberán adoptar asimismo las medidas necesarias para tipificar la tentativa de este delito.

La UE también emprendió en 2015 la tarea de elaborar una nueva norma antiterrorista que sustituyera las DM por una Directiva. La propuesta de 2015 realiza reiteradas menciones a los combatientes terroristas y a los retornados. Pone de relieve la amenaza que suponen las personas que viajan a países en conflicto (cita expresamente a Siria y a Irak) y luego retornan a Europa. Estos sujetos, habrán adquirido, además de contactos, experiencia operativa y de combate (y, por tanto, serán capaces de perpetrar atentados múltiples o de mayor impacto) y es probable que sirvan de modelo a los jóvenes con ideas afines. Por otra parte, aquellos que no intervengan en la planificación de atentados podrían, en su lugar, participar activamente en la radicalización y captación de otras personas, así como en actividades de aprovisionamiento y recaudación de fondos. A pesar de que esta amenaza es de máxima relevancia para la UE, insiste en que no debe subestimarse la amenaza que suponen los terroristas autóctonos, los “lobos solitarios”

¹⁸¹² Ya he citado anteriormente algunos antecedentes al tratar la “Guerra contra el terrorismo”. En Estados Unidos, existía la categoría de los “combatientes enemigos ilegales extranjeros” (“*unlawful enemy aliens combatants*”), renombrada durante la Administración Obama por la de “beligerantes enemigos sin privilegios” (“*unprivileged enemy belligerent*”). Estas categorías incluían a miembros de Al Qaeda y de otros grupos e impedían aplicarles el DIH.

radicalizados y los viajeros terroristas “frustrados” (por ejemplo, tras la incautación de su pasaporte)¹⁸¹³.

Dos años después, se aprobó la Directiva 541/2017, cuyo Considerando (4) hacía referencia a la grave amenaza para la UE que representan los combatientes terroristas extranjeros, sobre todo los que regresan. Algunos de estos *foreign terrorist fighters* han estado relacionados con atentados y complotos recientes en varios Estados miembros. En su Considerando (12) reitera la gravedad de la amenaza a la seguridad de la UE y explica la necesidad de tipificar como delito el acto de viajar al extranjero con fines terroristas y cualquier acto que facilite tales viajes, aunque indica que no es indispensable tipificar el acto de viajar como tal, pues los Estados miembros pueden optar por castigarlo como actos preparatorios, entre los que se puede incluir la planificación o la conspiración con vistas a la comisión o la contribución a la comisión de un delito de terrorismo. Sin embargo, en la parte dispositiva de la Directiva, la UE prevé una amalgama de conductas relacionadas con los viajes terroristas que pueden calificarse de desbordantes. En primer lugar, prevé el delito de traslado al extranjero, concretamente en su art. 9: los Estados deben tipificar el hecho de viajar a otro país a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del art. 3 de la Directiva, de la participación en las actividades de un grupo terrorista con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas de tal grupo a tenor del art. 4, o del adiestramiento o la recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de los arts. 7 y 8. La UE justifica la criminalización de los viajes a cualquier lugar y no solo a lugares de conflicto por dos razones: por un lado, porque los terroristas, aun con intención de viajar a países como Siria e Irak, circulan dentro de la UE y pasan por países distintos de los de su nacionalidad o residencia con el fin de eludir controles y vigilancia; y, por otro, porque algunos atentados perpetrados en la UE son prueba de que los terroristas viajan a otros Estados miembros para cometer atentados o por razones logísticas (por ejemplo, financiación o adquisición de armas)¹⁸¹⁴. En segundo lugar, preocupada especialmente por aquellos combatientes terroristas extranjeros que retornan a los Estados miembros, la UE dispone en el apartado 2 del mismo artículo que los Estados de la UE deberán contemplar como delito, cuando se cometa intencionadamente: a) el viaje a ese Estado miembro con los mismos fines señalados en el apartado 1; b) los actos preparatorios

¹⁸¹³ UE, COM(2015) 625 final, Propuesta de Directiva, 2 de diciembre de 2015, págs. 2-3.

¹⁸¹⁴ Ibid. pág. 3.

realizados por una persona que entre en dicho Estado miembro con ánimo de cometer o contribuir a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del art. 3. El art. 14 de la Directiva dispone que deberá castigarse la inducción de los delitos previstos en el art. 9 de la Directiva, y la tentativa de lo previsto en el art. 9.1 y 2 a)¹⁸¹⁵. Estas últimas previsiones contrastan con la Resolución 2178 y el Protocolo Adicional, que solo mandan criminalizar los viajes de ida.

El legislador español de 2019, justificándose en la necesaria transposición sin dilación de varias Directivas europeas de índole penal¹⁸¹⁶ y en que la LO 2/2015 se había adelantado notablemente al contenido de la Directiva 541/2017, modificó algunos extremos del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP a través de la LO 1/2019¹⁸¹⁷. Entre estos extremos se encontraba precisamente una modificación del art. 575.3: como el viaje con fines terroristas de la Directiva (y del Protocolo Adicional) tiene como destino cualquier territorio extranjero y no exige que el territorio deba estar controlado por terroristas, el legislador español suprimió este requisito objetivo del tipo.

Actualmente, el párr. 3 del precepto castiga con dos a cinco años de prisión a aquel sujeto que, “para ese mismo fin [capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en el 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], 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”. Como

¹⁸¹⁵ Cabe añadir además que la Directiva incluye en el art. 10 la necesidad de que los Estados miembros tipifiquen como delito, cuando se cometa intencionadamente, todo acto de organización o facilitación con el que se ayude a cualquier persona a viajar con fines terroristas a tenor del art. 9, con conocimiento de que la ayuda prestada tiene dicha finalidad. Esta conducta es subsumible perfectamente en el delito de colaboración del art. 577 CP.

¹⁸¹⁶ La Directiva 2017/541 establecía un plazo de transposición relativamente corto (dieciocho meses), que finalizaba el 8 de septiembre de 2018.

¹⁸¹⁷ Además de la modificación del art. 575.3 CP, el art. 15.3 de la Directiva impone una pena máxima a los dirigentes de una organización o grupo terrorista superior a la regulación actual, por lo que se modifica del art. 572 CP. Igualmente, se introduce una modificación en cuanto a la pena de inhabilitación, que pasa a ser absoluta, para evitar la antinomia producida con el art. 55 del CP y en consonancia con lo dispuesto en el art. 579 bis. Del mismo modo, la Directiva, en su art. 12 c) obliga a incluir entre los delitos terroristas la falsedad documental, que no estaba previsto en el CP. Por último, se extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la comisión de cualquier tipo de delito de terrorismo, que sólo se preveía hasta ahora para los delitos de financiación del terrorismo. No modificó, sin embargo, otros preceptos que no se corresponden con los dispuesto en las normas comunitarias, como la previsión del adoctrinamiento en todas sus formas.

se ha señalado, la redacción anterior, la introducida por la LO 2/2015, exigía que el traslado o establecimiento en el extranjero fuera en un lugar *controlado por un grupo u organización terrorista*, circunstancia que, aunque restringía el ámbito típico respecto al de la actual redacción, presentaba severas trabas de índole interpretativo a las que necesariamente debo hacer referencia.

Tras haber examinado en los epígrafes precedentes los delitos de enaltecimiento, difusión, capacitación y autocapacitación y colaboración terroristas y haberlos comparado con sus homólogos europeos, debo colegir sin duda que la razón de ser de la Directiva 541/2017 la constituye el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros y la amenaza que presentan sus flujos de viaje. Los demás delitos mencionados, aunque siguen previéndose en la Directiva, quizá alguno de manera más amplia, ya estaban vigentes de una u otra forma en las anteriores DM de 2002 y de 2008, salvo las formas pasivas de adiestramiento. El cambio paradigmático lo constituyen los *foreign terrorist fighters*.

Las implicaciones de la creación de la categoría jurídico-internacional del combatiente terrorista extranjero y la criminalización de sus actuaciones por las legislaciones penales, tiene muchas más implicaciones que las que inicialmente podría pensarse, como se verá.

2. El delito de traslado o establecimiento en territorio extranjero con finalidad terrorista

2.1. El tipo objetivo

El sujeto activo de este delito es el combatiente terrorista en su definición dada por la Resolución 2178 (ya que el Preámbulo de la LO 2/2015, como vimos, se aparta de dicha definición).

El apartado 3 del art. 575 en vigor presenta dos verbos típicos: la de *trasladarse* o la de *establecerse* en territorio extranjero. Trasladar, que puede utilizarse como verbo pronominal, significa “llevar a alguien o algo de un lugar a otro”. Establecer, utilizado también como verbo pronominal, significa “avecindarse o fijar la residencia en alguna parte”.

Este tipo penal no castiga a quien envíe o facilite el traslado de personas, solo es sujeto activo quien se traslada o establece. El sujeto que traslade personas con fines

terroristas será responsable de un delito de colaboración (art. 577.1.2º, que prevé expresamente como conducta de colaboración el “traslado de personas”), o, en su caso, de integración (art. 572.2). El que facilite por cualquier medio estos viajes, como prevé el art. 10 de la Directiva, también podrá ser perseguido en Derecho español por un delito de colaboración.

El art. 575.3 CP no contempla el supuesto, que sí prevé la Directiva expresamente, relativo a quien, procedente del extranjero, viaja a un Estado miembro (en este caso, a España) con el fin de cometer un delito terrorista en sentido amplio (art. 9.2 a) de la Directiva); ni tampoco se castigan los actos preparatorios realizados por una persona que entre en dicho Estado miembro (España) con ánimo de cometer o contribuir a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del art. 3 de la Directiva (art. 9.2 b) de la Directiva). Se pueden realizar al respecto varias reflexiones. En primer lugar, cabe poner de manifiesto que, tanto la redacción de la Directiva, como su traducción, no son afortunadas, y no queda exactamente claro a qué conductas concretas se está refiriendo, por lo que falta al mandato de taxatividad del principio de legalidad. Entiendo que la primera conducta sería la de entrar a un Estado de la UE con la finalidad de cometer un delito de terrorismo o de participar en un grupo terrorista y en sus actividades, o de prepararse para ello mediante el adiestramiento; respondiendo al fenómeno de los *combatientes terroristas retornados*. Obviamente, para el Estado, es más peligroso el sujeto que entra (o que retorna) que el que se va¹⁸¹⁸, pero el que entra podrá ser castigado en virtud de otros delitos si es que se cumplen los requisitos para ello, pero la simple criminalización de la entrada es desmesurada. La previsión de una cuestión de esta índole en la legislación nacional podría plantear cuestiones constitucionales y de derechos humanos, en particular en lo que respecta a los propios nacionales o residentes de los Estados y a la criminalización de la simple entrada en sus propios países¹⁸¹⁹. En cuanto a la segunda de las conductas (art. 9.2 b)), GÓRRIZ ROYO valora positivamente la ausencia de tipificación en la legislación penal española de los actos preparatorios de dichos viajes a nuestro país, porque además de que constituiría una desmesurada ampliación de la responsabilidad penal, podría provocar

¹⁸¹⁸ Francia, que recoge en el art. 421-2-6 de su Code Pénal el delito de haber permanecido en el extranjero en lugares que se estén llevando a cabo operaciones de grupos terroristas; o Bélgica, que castiga en el art. 140 sexies de su Code Pénal a toda persona que abandone el territorio nacional con el fin de cometer o contribuir a la comisión en Bélgica o en el extranjero de delitos de terrorismo y a toda persona que entre en el territorio nacional con el fin de cometer o contribuir a la comisión, en Bélgica o en el extranjero, de delitos de terrorismo.

¹⁸¹⁹ También: DE COENSEL, *EuCLR European Criminal Law Review*, N°10, Heft 2, 2020, [versión sin paginar].

problemas de jurisdicción con otros Estados donde se hubiera “preparado” dicho viaje¹⁸²⁰. Creo que la Directiva no se refiere a la penalización de los actos de preparación del viaje hacia nuestro país, sino a los actos de preparación de un delito de terrorismo previsto en el art. 3 de la Directiva que se realicen en el Estado miembro en el que se ha entrado (generalmente, al que se ha retornado)¹⁸²¹. De nuevo, estamos ante una redacción alarmantemente general que no respeta el principio de legalidad¹⁸²² y que se propone tipificar, si lo he entendido bien, cualquier preparación delictiva, cuyo punto de partida no conocemos. Y, por otro lado, la distinción penal entre la persona que acaba de llegar al Estado miembro que una que ya estaba allí es discutible. Obviamente, el trasfondo de ello está en la idea del legislador europeo de que la persona que retorna de lugares de conflicto, como podían ser Siria o Irak, ha adquirido entrenamiento en técnicas militares y de combate. Ahora bien, recordemos que el precepto no se refiere a lugares de conflicto armado, sino a cualquier Estado.

2.1.1. Las redacciones de 2015 y 2019: el territorio extranjero controlado por organización o grupo terrorista, el territorio extranjero y las organizaciones o grupos considerados terroristas

De acuerdo con lo establecido en la Resolución 2178, en el Protocolo Adicional y en el art. 9 de la Directiva 2017/541, los Estados miembros deben tipificar la conducta de viajar a un país distinto del de residencia o nacionalidad con el fin de perpetrar actos terroristas o adiestrar o recibir adiestramiento. Como se ha adelantado, el delito tipificado en el CP 2015 criminalizaba el traslado o el establecimiento en un “territorio extranjero controlado por una organización o grupo terrorista”, y no a cualquier lugar como prevén los instrumentos internacionales y otros Códigos penales europeos¹⁸²³. Por ello, el

¹⁸²⁰ GÓRRIZ ROYO, *RECPC*, N°22, 2020, pág. 33.

¹⁸²¹ También lo entiende así, POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, pág. 296.

¹⁸²² De la misma opinión: ALONSO RIMO, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, pág. 238.

¹⁸²³ ALIABASI, *Die staatsgefährdende Gewalttat*, 2017, págs. 320-322, pone de manifiesto que, en Alemania, si se realizara una interpretación histórica y teleológica del precepto homólogo (§ 89a (2a) StGB) introducido en 2015, que se refiere a “*aus der Bundesrepublik Deutschland auszureisen*” (“salir” o “abandonar” la República Federal de Alemania), podría entenderse que el viaje se refiere a los lugares de conflicto armado en los que están presentes de forma muy poderosa organizaciones terroristas, como el supuesto de Siria o Irak. Sin embargo, seguidamente señala que carece de sentido la distinción entre Estados si lo que se intenta evitar es, por ejemplo, un atentado inminente en otro Estado.

legislador español de 2019 consideró necesaria la modificación del art. 575.3 CP para ampliar su espectro.

El Preámbulo de la LO 2/2015 se refiere a los combatientes terroristas extranjeros como una de las mayores amenazas para la paz y seguridad, y cita específicamente los *conflictos bélicos* de Siria e Irak como conflictos en los que los yihadistas “están participando”. Y aunque no se diga expresamente en el precepto, al mencionar el Preámbulo Siria e Irak, está presuponiendo la existencia de un conflicto armado, lo que representa un terreno movedizo para el Derecho penal interno¹⁸²⁴, como ya he apuntado anteriormente¹⁸²⁵.

Siguiendo con los ejemplos que el legislador incluyó en el Preámbulo, hay que señalar que, en el momento de promulgación de la ley el DAESH *controlaba* amplias zonas de los territorios de Siria e Irak¹⁸²⁶. Y aunque existían o existen otras organizaciones consideradas terroristas sobre el terreno, como la franquicia de Al Qaeda en Siria Jabhat Al-Nusra, las medidas antiterroristas que han proliferado en los últimos años se han centrado en el fenómeno representado por el Estado Islámico, por sus métodos de actuación, y, sobre todo, por el carácter paraestatal que vino ejerciendo en determinados territorios fundamentalmente en 2014 y 2015.

Ahora bien, la situación de los territorios con presencia del Estado Islámico, como ya he expuesto en otro lugar de este trabajo, ha cambiado sobremanera¹⁸²⁷. Pese a que desde 2014 hasta 2017 controlaban una gran parte de territorios en Siria e Irak (y aunque no lo hacían en sentido estricto, pues estos seguían siendo territorios soberanos¹⁸²⁸), las diferentes fuerzas implicadas en los conflictos de Siria e Irak con el DAESH han conseguido desterrar su presencia de la mayor parte de las zonas que ocupaba.

Entonces, en la redacción de 2015, el elemento descriptivo del tipo “territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista” planteaba serias dudas

¹⁸²⁴ Expresa la misma opinión GÓRRIZ ROYO, *RECPC*, N°22, 2020, pág. 33, al señalar que “de forma un tanto insólita, el CP, parecía hacerse eco de un contexto beligerante para configurar un tipo penal, lo cual remitía a la posibilidad de entender aquellos extranjeros como ‘enemigos’”.

¹⁸²⁵ Ver *supra*: *Excursus: La “Guerra contra el terrorismo”: ¿son legítimas las medidas militares contra el terrorismo? Algunas consideraciones en relación con el Derecho Internacional Humanitario.*

¹⁸²⁶ Y también pequeños territorios de otros Estados, como partes de Nigeria (aunque a través de Boko Haram), Libia, Pakistán o Filipinas.

¹⁸²⁷ Puede consultarse en la siguiente página web un mapa en tiempo real de las zonas en las que está presente el Estado Islámico: <https://isis.liveuamap.com/> (último acceso 19/03/2023).

¹⁸²⁸ CUERDA ARNAU, en: CRESPO BARQUERO, *Curso: La reforma*, 2015, pág. 35.

interpretativas por su manifiesta ambigüedad¹⁸²⁹. ¿Cuándo un territorio está efectivamente controlado? ¿Habrá que acudir al DIH para determinar ese extremo? Si se quería ser fiel al tipo penal (y no castigar por características del autor o por el lugar de destino, léase, Irak y Siria, o en algún país típico de tránsito, como Turquía o Jordania), este resultaría ciertamente complejo de aplicar. Podría darse el caso de que un sujeto se trasladara, pongamos, a Siria, con la intención de cometer actos terroristas, entrenarse para ello o colaborar con una organización, si bien su conducta no habría sido subsumible en el art. 575.3 si el lugar al que se dirigía no estaba efectivamente controlado por un grupo u organización terrorista. Además de estas dudas, el tipo penal hacía referencia a un fenómeno extremadamente cambiante, lo que necesariamente complejizaba su prueba. Recordemos que uno de los Estados a los que me vengo refiriendo, Siria, se encuentra sumido en una larga y cruenta guerra en la que toman parte distintas fuerzas armadas, cuya presencia en el territorio no es fija. Dejando aquí a un lado la problemática que plantea la persecución de las personas que ya se han establecido en el extranjero y la obtención de pruebas para su procesamiento: ¿Cómo se obtendrán esas pruebas? ¿Mediante la información de terceros Estados? ¿Mediante informes de inteligencia, con los problemas que ello plantea en el proceso judicial? Sobre esto volveré más adelante.

Por otro lado, ¿qué pasaría en aquellos supuestos en los que se viaja para participar en un conflicto armado junto con un grupo o que no es terrorista? No se puede obviar que hay grupos rebeldes o insurgentes pueden ser (y normalmente lo son) considerados terroristas por los gobiernos de los territorios en cuestión, lo que implicaría que los combatientes que participaran o lucharan junto a estos grupos podrían ser sancionados en los países de los que son nacionales por haber viajado a otro Estado con fines terroristas¹⁸³⁰. Así, se suscita aquí el eterno problema (de nuevo) de la designación de quién es terrorista y quién no. Para resolverlo, parece que una de las vías sería la constituida por la consulta de las listas de organizaciones terroristas con las que cuentan la ONU y la UE¹⁸³¹. Sin embargo, esta remisión siempre ha presentado problemas, en tanto que se incluyen grupos considerados como terroristas por algunos Estados, pero que no necesariamente son considerados como tal por otros. Habrá que actuar con cautela:

¹⁸²⁹ También: GARCÍA RIVAS, en: PORTILLA CONTRERAS/PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo*, 2016, pág. 99.

¹⁸³⁰ Comité Económico y Social Europeo, Dictamen del sobre la Propuesta de Directiva sobre la lucha contra el terrorismo [COM(2015) 625 final — 2015/0281(COD)], puntos 3.2.2.5 y 3.2.2.6.

¹⁸³¹ De esta opinión: LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos*, 1ª ed., 2016, pág. 995.

una cosa es la finalidad de colaborar con organización o grupo terrorista y otra la colaboración con finalidades legítimas en cuya consecución pueden concurrir contingentemente grupos que no son terroristas¹⁸³²; pero ello, como siempre, recibe diferente interpretación por parte de unos y de otros. De acuerdo con la Comisión Internacional de Juristas, los viajes para participar en un conflicto regido por el DIH, sin prueba de la intención específica de participar en actos de terrorismo, no deben interpretarse como comprendidos en el ámbito de este delito, de conformidad con el Considerando (37) de la Directiva¹⁸³³. Nuevamente surge el problema específico con el Estado Islámico, pues la organización podría ser considerada también una fuerza actuante en los conflictos de Siria e Irak.

La redacción del art. 575.3 de 2019 suprime el elemento descriptivo del tipo “territorio extranjero controlado” y lo sustituye por los traslados o establecimientos, simplemente, en territorio extranjero con fines terroristas. Con esta nueva redacción, algunos de los problemas exegéticos expuestos, se disipan. Se disipan, sí, pero no en un buen sentido. La redacción anterior, aunque conflictiva en muchos de sus extremos, acotaba el traslado o establecimiento a un lugar controlado por una organización terrorista, lo que podría hacer difícil su aplicación desde la perspectiva probatoria o porque no se dieran todos los elementos del tipo (ya que en la actualidad existen pocos territorios efectivamente controlados por organizaciones terroristas). Esta redacción denotaba una actitud extremadamente cortoplacista del legislador, al crear tipos *ad hoc* para situaciones fácticas muy concretas y que tenían pocos visos de continuar en un futuro próximo. En 2015 el legislador crea un delito para los que se trasladan o se establecen en un territorio controlado por organización terrorista (léase, Siria e Irak para unirse al Estado Islámico), situación que pocos años después ya no se da, pues la gran mayoría de territorios que en algún momento habían sido *ocupados* por el DAESH ya han sido *liberados*.

A partir de la reforma 1/2019 la situación se agrava, ampliándose una vez más el alcance de los delitos de terrorismo, bastando ya simplemente el traslado o establecimiento en un territorio extranjero¹⁸³⁴, lo que revela de nuevo el afán securitario

¹⁸³² GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, págs. 1912.

¹⁸³³ INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Lucha contra el terrorismo y promoción y protección de derechos humanos ante los tribunales*, *Orientaciones*, 2020, pág. 31.

¹⁸³⁴ En el trámite de enmiendas de la LO 1/2019, de 20 de febrero, el Grupo Parlamentario Confederado Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presentó la siguiente con la finalidad de que no

del legislador. La argumentación que el legislador aduce para la modificación se basa en la necesaria transposición del art. 9 la Directiva (precepto comunitario que, por cierto, merece las mismas y más críticas). Pero su modificación es ciertamente oportuna por otras razones. La reforma coincide con la “derrota” del Estado Islámico en Siria e Irak declarada en 2019 por los miembros de la coalición internacional y por Rusia, lo que podría hacer pensar que el legislador español suprimió el requisito objetivo del tipo “territorio extranjero controlado por organización o grupo terrorista”, además de por los mandatos europeos, por la intuición de que el art. 575.3 en su redacción de 2015 quedaría sin aplicación.

2.2. El tipo subjetivo

El precepto penal contempla un elemento subjetivo adicional al dolo, que requiere que el sujeto que realiza la conducta típica (trasladarse o establecerse en territorio extranjero) lo haga con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo (575.3 en relación con el art. 575.1 CP), de colaborar con una organización o grupo terrorista, o de cometer cualquiera de los delitos de terrorismo comprendidos en el Capítulo. Ello, como en los delitos con los que comparte artículo, excluye el dolo eventual.

El tipo entraña dificultades probatorias del elemento subjetivo. Así lo ha señalado también la Comisión Europea en su revisión de la Directiva tras sus cinco años de vigencia¹⁸³⁵ y la jurisprudencia española. En este sentido, la AN ha reconocido que tipos penales como este plantean dificultades en cuanto a la acreditación del elemento subjetivo del tipo, el cual, al pertenecer al ámbito interno del sujeto además del hecho del intento de viajar a un país en conflicto debe estar acreditado mediante algún tipo de indicio o

se modificara el art. 575.3 CP: “No puede sin más eliminarse la expresión ‘controlado por un grupo u organización terrorista’. La finalidad de esta mención es la de evitar viajes con fines terroristas a ciertos territorios que pueden ser considerados como ‘santuarios’ o ‘refugios’, y que tal condición la han adquirido por el control que grupos u organizaciones terroristas han adquirido en los mismos, facilitando la comisión y preparación de actividades con fines terroristas, así como el adiestramiento, adoctrinamiento militar y de combate. Sin embargo, con la redacción que se propone cualquier viaje a cualquier lugar del mundo (incluyendo, se entiende, países de la UE), con independencia de la situación del país de destino, puede integrar ahora la conducta punible del art. 575.3. Es una extralimitación desproporcionada de lo previsto en la Directiva, que explícitamente expresa que ‘no es indispensable tipificar el acto de viajar como tal’ (Considerando (12))” (BOCG, serie B, N°228-4, de 12 de septiembre de 2018).

¹⁸³⁵ UE, COM(2021) 701 final “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo basado en el art. 29.2, de la Directiva (UE) 2017/541 (...)”, 18 de noviembre de 2021. Lo mismo pone de manifiesto el informe sobre la Directiva del FRA: “Directive (EU) 2017/541, on combating terrorism, impact on fundamental rights and freedoms”, 2021, págs. 72-77.

prueba que ponga de manifiesto sin género de dudas la intencionalidad o finalidad típicas, dado que la orientación o propósito de la conducta son determinantes del daño al bien jurídico. No es necesario que el sujeto llegue a cumplir con la finalidad propuesta, sino que basta se constate la presencia del elemento intencional, de tal suerte que no quepa duda sobre el objetivo anímico del sujeto. El principio constitucional de presunción de inocencia no abarca a otros extremos que no sean los hechos y la participación que en los mismos haya tenido el inculpado, surgiendo la duda de si todo que por no constituir “hechos” en sí mismos, no pueden ser objeto de prueba, como son las intenciones, los propósitos y, en fin, lo que se alberga en la mente o en la conciencia. Reconoce la AN que el principio de presunción de inocencia rige con mayor énfasis en estos segundos elementos de carácter subjetivo, si bien para desvirtuarla en la mayor parte de los casos no vamos a poder contar con prueba directa, salvo que el sujeto haya expresado con palabras o actos inequívocos aquella finalidad, y por ello es preciso acudir a la prueba indiciaria para alcanzar la inferencia acerca de la finalidad que el sujeto quien dar al viaje, que si está constatado por prueba directa¹⁸³⁶. Reitero aquí la crítica hecha anteriormente sobre la prueba indiciaria. La problemática de la misma, por supuesto, no radica en su figura en sí, sino en qué indicios se apoye, y si estos están marcados por la apreciación de características subjetivas del acusado.

Como veremos seguidamente, la aplicación del delito ha sido escasa. De las tres condenas que ha habido por este delito, dos de ellas se han obtenido por medio del reconocimiento de los hechos por parte de los acusados¹⁸³⁷. Ciertamente, de ellas no podemos extraer grandes conclusiones en relación con la apreciación del elemento subjetivo, pues no se detienen en analizar jurídicamente si las conductas de viajar realizadas efectivamente reunían todos los requisitos del tipo. Con la nueva regulación quizás los hechos sí podrían subsumirse en el tipo, pero con la vigente en el momento de comisión de los hechos, las condenas por este delito son discutibles. En primer lugar, porque no puede acreditarse que los acusados se dirigían a una zona efectivamente controlada por una organización terrorista, y, en segundo lugar, y sobre todo respecto de la primera sentencia, por la falta de argumentación con respecto al elemento subjetivo. Así, la SAN 29/2017, de 30 de noviembre, recoge únicamente que “La procesada (...) reconoció en sus declaraciones judiciales el proceso de radicalización sufrido y la

¹⁸³⁶ SAN 3/2019, de 19 de marzo.

¹⁸³⁷ SAN 29/2017, de 30 de noviembre; SAN 31/2018, de 15 de octubre. Para los hechos, ver n.p. 1856 y 1857.

finalidad de viajar a la zona controlada por la organización terrorista del Estado Islámico en Siria *para incorporarse a la organización*". Sin embargo, pocas líneas antes había señalado que "la procesada (...) tras una radicalización, reflejada en las intervenciones telefónicas y utilización de la red social Twitter, *decidió acompañar a Javier*, su pareja y padre de hija menor, (...) a la zona conquistada por el DAESH". Por ello, hay que recalcar que la intención de viajar con fines de terrorismo exige no solo la intención de viajar, sino también una determinación claramente demostrada de hacerlo con el fin de contribuir o cometer efectivamente un delito principal. La intención de viajar a un país o región determinados no basta por sí sola para fundamentar el delito, ni da lugar a la presunción de que existe una intención específica de terrorismo¹⁸³⁸.

Si el injusto deriva únicamente de la finalidad (que presenta, además, tres alternativas de muy distinta lesividad) y no de la conducta (trasladarse a o establecerse en un lugar es una conducta neutral¹⁸³⁹), surge el riesgo, de nuevo, de tomar como referencia determinadas características del autor (ideología, religión, apariencia...), en lugar de partir del hecho¹⁸⁴⁰. Entonces, existe el peligro de que puedan verse comprometidas la presunción de inocencia (que puede tornar en una presunción de culpabilidad¹⁸⁴¹) y el principio del hecho.

En el párr. 2 de la Resolución 2178, alienta el Consejo de Seguridad a los Estados miembros "a que empleen procedimientos de evaluación del riesgo y control de pasajeros con base empírica, como la reunión y el análisis de datos de viaje, sin recurrir a perfiles basados en estereotipos que obedecen a motivos de discriminación prohibidos por el Derecho internacional". En la práctica, sin embargo, parece complicado que, por ejemplo,

¹⁸³⁸ En este sentido: INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Lucha contra el terrorismo y promoción y protección de derechos humanos ante los tribunales, Orientaciones*, 2020, pág. 31.

¹⁸³⁹ SAN 3/2019, de 19 de marzo, FJ 3. También, PUSCHKE, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, N°2, 2018, pág. 101 y PETZSCHE, en: MARAVER GÓMEZ/POZUELO PÉREZ (Coords.), *La crisis del principio del hecho*, 2020, pág. 23, refiriéndose a la legislación alemana al respecto; BEUREN, en: ODENDAHL (Ed.), *Die Bekämpfung des Terrorismus*, 2017, pág. 190, aludiendo a la previsión de los viajes con fines terroristas como delito en la Resolución 2178.

¹⁸⁴⁰ Señala en este sentido CUERDA ARNAU, en: CUERDA ARNAU (Dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Coord.), *Menores y Redes Sociales*, 2016, pág. 466: "Los tribunales deberán ser especialmente cautelosos con la interpretación de este elemento del tipo, pues al no derivar el peligro en sí de la conducta, sino de una supuesta finalidad que lo acompaña, es muy acusada la tentación de apoyar su probanza en ideologías o formas de vida". En este mismo sentido: GÓRRIZ ROYO, *RECPC*, N°22, 2020, págs. 33 y 48.

¹⁸⁴¹ Tanto la INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Lucha contra el terrorismo y promoción y protección de derechos humanos ante los tribunales, Orientaciones*, 2020, pág. 31, como el FRA, Directive (EU) 2017/541, on combating terrorism, impact on fundamental rights and freedoms, 2021, págs. 7 y 73, hacen hincapié en que el acusado no debe en ningún caso soportar la carga de la prueba al establecer que su viaje tiene un propósito legítimo.

la policía fronteriza detenga a un sujeto por la finalidad de su viaje, pues, salvo que se haya dado una investigación previa, la detención probablemente se producirá porque el agente de policía perciba ciertas características estereotípicas en la persona¹⁸⁴², como podría ser la vestimenta, la nacionalidad, la categoría racial o étnica, o el destino elegido. La investigación del FRA llevada a cabo con ocasión de los cinco años de vigencia de la Directiva concluyó que la asociación de una persona con una religión o creencia puede aumentar en la práctica su probabilidad de ser objeto de investigaciones penales y otras medidas. Esto se debe a que las políticas antiterroristas se concentran predominantemente en el yihadismo, y el enfoque subyacente de la Directiva y su transposición ha sido la cuestión de los combatientes terroristas extranjeros¹⁸⁴³. De hecho, las conclusiones de la FRA muestran que, en algunos Estados miembros, delitos como la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo y los viajes con fines terroristas se aplican de manera predominante o exclusiva al yihadismo. Esto es así a pesar de la formulación neutral de las disposiciones legales en la Directiva y en las leyes nacionales, y también a pesar de que existan otras formas de terrorismo¹⁸⁴⁴.

2.3. El *iter criminis*: ¿es punible la tentativa? ¿es legítima su punición?

La ambigüedad del tipo puede llevar a varias conclusiones en relación con el *iter criminis*. En principio, la tentativa de este delito es punible¹⁸⁴⁵, por lo que el sujeto que intente el traslado o el establecimiento podría ser condenado a la pena inferior en uno o dos grados. Una interpretación respetuosa con el sentido literal de la norma nos llevaría a sostener que el traslado no se consuma hasta que se ha llegado al destino final, sin que baste por tanto para la consumación el haber iniciado el viaje. Precisamente, al utilizar el legislador el verbo “trasladarse” y no “viajar” como sí hacen los instrumentos internacionales, podemos entender que el delito no se consuma con el simple viaje, sino con la efectiva llegada al lugar al que se tenía intención de realizar el traslado. Por tanto, la tentativa de este delito la representaría el viaje para consumir el traslado (o establecimiento), y no la mera idea de viajar (que sería parte de la fase interna y vulneraría

¹⁸⁴² AMBOS, *EJIL: Talk!*, 2014.

¹⁸⁴³ FRA, Directive (EU) 2017/541, on combating terrorism, impact on fundamental rights and freedoms, 2021, pág. 9.

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*, págs. 9 y 38.

¹⁸⁴⁵ Así lo disponen las normas europeas: el art. 4.3 del Protocolo Adicional del Consejo de Europa y el art. 14.3 de la Directiva 541/2017.

el principio del hecho, que garantiza la impunidad del mero pensamiento y del plan de vida), ni tampoco la preparación del viaje (que se encontraría todavía muy alejada de la consumación)¹⁸⁴⁶.

No obstante, caben otras interpretaciones. Podría entenderse que se “establece” quien llega al destino final que tenía previsto, y que se “traslada” quien viaja al lugar pretendido para unirse a un grupo u organización terrorista. Si el artículo solo recogiera el establecimiento, el viaje podría considerarse como su tentativa, pero, al prever ambas conductas, podría entenderse que se pretende también el castigo como delito consumado el mero desplazamiento, es decir, el viaje. Esta interpretación conduce a la siguiente paradoja: si la tentativa del establecimiento solo puede constituir la el desplazamiento, la tentativa del traslado solo podría constituir la preparación o pasos previos al inicio de aquel. Así las cosas, la conducta “establecerse” no podría cometerse en grado de tentativa, pues el traslado (que sería el paso previo necesario para el establecimiento), ya lo prevé el art. 575.3 como conducta típica que consumaría el tipo.

Cabe otra exégesis, extraída de la SAN 5/2017, de 28 febrero, que se aleja aún más del peligro de cometer actos terroristas, por lo que quedaría a mi juicio dentro del ejercicio de la libertad ideológica. La AN declara que en “el primer inciso del tipo se castiga al que muestra una *voluntad decidida y contrastada de trasladarse* a un escenario en conflicto para recibir entrenamiento y con la finalidad de cometer actos terroristas. El segundo inciso hace referencia a una permanencia más o menos estable en el lugar de destino y con la misma finalidad terrorista”¹⁸⁴⁷. Aquí la AN yerra en la identificación de los elementos del tipo, pues confunde el elemento subjetivo (que se materializa en la finalidad de capacitarse, colaborar o cometer delitos de terrorismo) con la conducta típica de “trasladarse”. Ello le lleva a interpretar el traslado ni siquiera como el viaje, sino como la idea de viajar, mientras que interpreta el verbo típico establecerse como yo he hecho en la primera de las interpretaciones. Lo anterior no es admisible, ni en términos dogmáticos, ni de lesividad de la conducta, ni de proporcionalidad, pues castigaría como delito consumado, por un lado, la voluntad decidida y contrastada de trasladarse, y por otro, también como autor de un delito consumado a aquella persona que ya está

¹⁸⁴⁶ La redacción alemana del precepto homólogo en su legislación (§ 89a (2a) StGB) puede ser más clara en ese sentido, pues solo se refiere a “*aus der Bundesrepublik Deutschland auszureisen*”, que significa “salir” o “abandonar” la República Federal de Alemania, por lo que cabría pensar que sí es punible la preparación del viaje.

¹⁸⁴⁷ Esta sentencia condenó a un matrimonio por dos delitos de autoadoctrinamiento y por dos delitos de traslado en grado de tentativa.

establecida (que ya vive) en el extranjero. Castigaría dos conductas que difieren en lesividad con la misma pena, y como consumada una conducta que es manifiestamente previa y preparatoria de la otra. Por cierto, conducta absolutamente alejada de la lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico e inserta todavía en la libertad ideológica del individuo. Pero es que, a mayor abundamiento, después la propia AN no sigue la interpretación que acaba de realizar de los elementos del delito, y condena a los acusados por un delito de traslado en grado de tentativa, pues el matrimonio fue detenido en Algeciras cuando viajaba a Marruecos, según la AN, para desde allí viajar a Siria. Meses después el TS absolvió a ambos acusados de este delito, pues no quedaba probado de ningún modo que los acusados fueran a dirigirse a Siria¹⁸⁴⁸. Afortunadamente la AN ha seguido un camino interpretativo distinto en sentencias posteriores.

Y, por último, mencionaré otra interpretación sostenida por el Ministerio Fiscal, que, a mi juicio, constituye la más flagrante vulneración de la libertad ideológica. Es la que ha defendido, por ejemplo, en la SAN 11/2017, de 17 de marzo, y en el recurso que interpuso frente a ella, resuelto por la STS 13/2018, de 16 de enero¹⁸⁴⁹. El Ministerio Fiscal entiende como tentativa de este delito *la idea* de trasladarse a las zonas de actuación

¹⁸⁴⁸ STS 661/2017, de 10 de octubre: “Lo que dice el *factum* de la sentencia [de la AN] sobre tal extremo es lo siguiente: ‘En el curso de tales comunicaciones interfamiliares, los acusados manifestaron su *anuencia* en marcharse a Siria a cubrir el puesto dejado por Benigno cuando falleciera en el acto suicida a que estaba destinado. Con esa intención última y para reunirse de inmediato con la familia de José Ramón y del fallecido Benigno, viajaban los acusados a Marruecos cuando fueron detenidos en Algeciras’. En efecto, en la sentencia no se declara probado que los acusados hubieran adoptado la decisión de irse a Siria nada más estar con la familia en Marruecos, sino que viajaron a ese país para reunirse con la familia y que tenían la ‘intención última’ de ir a Siria. Se trata de una afirmación que habla más bien de un futurible o de un proyecto que de una decisión ya adoptada. Máxime cuando no consta ni un solo elemento probatorio que permita afirmar que iba a ir toda la familia a Siria para que el acusado realizara la yihad, contingencia que se contradice además de lleno con el hecho de que los acusados dejaran su vivienda de Granada ocupada con no pocos enseres personales. En consecuencia, no concurre prueba de cargo para poder afirmar que los acusados hubieran adoptado la decisión de trasladarse a Siria, y mucho menos de que hubieran ya iniciado el viaje, conclusión que se verá todavía más refrendada cuando examinemos el recurso de la acusada”.

¹⁸⁴⁹ El supuesto es el siguiente: una mujer es acusada de varios delitos de terrorismo, entre ellos, el de tentativa de desplazamiento a lugar controlado por organización terrorista. Según los hechos probados, desde el año 2015 la acusada se fue radicalizando en sus convicciones religiosas y políticas, y empezó a expresar en las redes sociales que compartía los postulados de DAESH. En ese momento *empezó a plantearse emigrar a una zona de conflicto controlada por el Estado Islámico*, para contraer matrimonio con un *muyahidín*, como forma de llevar a cabo su propia yihad. Entre los meses de mayo a junio de 2015, la investigada viajó a Marruecos por motivos familiares, y allí entró en contacto con personas con las que fue afianzando sus convicciones extremistas y su decisión de desplazarse a Siria. Fue informada de que el viaje se debía realizar vía Estambul, donde un *hermano* coordinador recogía a los desplazados para llevarlos a Siria. A su vuelta a España siguió difundiendo, con mayor proliferación, fotografías y videos en las redes sociales. Además, mantuvo contactos a través de las redes sociales y por teléfono con distintas personas tanto en España, como en otros países (Marruecos, Argelia, o incluso Siria). En esas conversaciones exponía que estaba decidida a desplazarse y animaba a sus interlocutores a hacerlo, facilitaba información sobre la forma de realizar el viaje, e incluso en algún caso llegó a ofrecerse a proporcionar el dinero necesario para el comprar el billete.

de DAESH, utilizando los siguientes hechos para entender que se ha cometido el delito en grado de tentativa: “en ese momento *empezó a plantearse emigrar a una zona de conflicto controlada por el Estado Islámico*, para contraer matrimonio (...)”; “fue afianzando sus convicciones extremistas y *su decisión de desplazarse a Siria*”; “*Fue informada* de que el viaje se debía realizar vía Estambul, donde un hermano coordinador recogía a los desplazados para llevarlos a Siria”; “en esas conversaciones *exponía que estaba decidida a desplazarse* y animaba a sus interlocutores a hacerlo (...)”¹⁸⁵⁰. El único dato externo que realiza la acusada es que “en el mes de agosto de 2015 renovó el pasaporte”, lo que tampoco me parece relevante a la hora de apreciar el delito en grado de tentativa. Lo curioso es que la AN rechaza condenar por el art. 575.3 en grado de tentativa no porque los hechos no cumplan con los requisitos dogmáticos de una tentativa y encarnen simplemente un deseo o una idea de la acusada, sino porque queda absorbido por el delito de colaboración, por el que finalmente condena¹⁸⁵¹. El TS, que resolvió los recursos a esta sentencia, sí supo ver que el relato histórico plasma únicamente que la acusada, en su fuero interno, analizaba la idea de trasladarse a territorio ocupado por el Estado Islámico, sin recoger que se iniciara el desplazamiento, ni expresar siquiera que la decisión definitiva llegara a adoptarse en algún momento¹⁸⁵².

Aunque considero que el tipo penal es inconstitucional, de *lege lata*, si tuviera que decantarme por una de las interpretaciones, lo haría por la primera de ellas, por ser más restrictiva y respetuosa con el principio del hecho y con el sentido literal del verbo típico “trasladarse”. De todos modos, al tratarse de un delito que entraña conductas muy alejadas de la efectiva comisión de delitos de terrorismo (propiamente considerados), que se trata de un delito materialmente preparatorio y que, además, lleva a aparejada una pena considerable, abogaría por no punir la tentativa, aunque dogmáticamente sea posible¹⁸⁵³. Si desentrañamos la conducta en sí, la tentativa sería un intento de preparar (materialmente) un delito de terrorismo, u otro delito materialmente preparatorio, pues el establecimiento o traslado a territorio extranjero puede tener también la finalidad de

¹⁸⁵⁰ Cursivas añadidas.

¹⁸⁵¹ “En cuanto a la conducta del párr. 3, (...) tampoco puede aplicable cuando, como en este caso, la integración o la colaboración ya se viene produciendo. Sandra ya es una colaboradora del DAESH, y el que además tuviese la intención de trasladarse al territorio controlado por el Estado Islámico se ve absorbida por la colaboración que ya está llevando a cabo”. Aquí, como puede observarse, la AN vuelve a confundir la conducta típica con el elemento subjetivo del delito.

¹⁸⁵² STS 13/2018, de 16 de enero.

¹⁸⁵³ La misma consideración he realizado al tratar la tentativa de los delitos de adiestramiento y adoctrinamiento pasivo y autoprocuroado con los que comparte precepto.

capacitarse en el lugar de destino. Se castigaría, por tanto, el intento de prepararse para la preparación de un delito¹⁸⁵⁴. Ciertamente, estamos ante una legislación que ha olvidado los principios de lesividad y de *ultima ratio*.

Los Tribunales ya han dirimido esta problemática en alguna ocasión, y son partidarios de castigar la tentativa del delito de traslado y establecimiento (interpretando en alguna ocasión, incluso, la preparación del viaje como tentativa, como ya he señalado). El TS señala que el art. 575.3 CP “supone un nuevo adelantamiento del ámbito de protección penal, sancionándose una actuación que resulta preparatoria del adoctrinamiento pasivo, de la colaboración con una organización terrorista, o de la integración de sus filas, siempre que el comportamiento iniciador consista en ubicarse en el lugar donde ese comportamiento es alcanzable, al fijarse como elemento descriptivo del tipo penal que el sujeto activo se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista [refiriéndose a la redacción de 2015]. En todo caso, como acto preparatorio que es, el comportamiento ha de tener relevancia respecto del bien jurídico que se protege, lo que entraña que el desplazamiento y asentamiento del sujeto activo, lo sea con la intención de prestar una colaboración a la organización terrorista que se ubique dentro del ámbito de actuación del Derecho penal, esto es, para prestar una colaboración que facilite o posibilite que la organización terrorista pueda realizar, mejorar o potenciar su actividad delictiva”¹⁸⁵⁵. La AN, por su parte, enmendando en cierto modo interpretaciones pasadas, ha declarado lo siguiente en su SAN 3/2019, de 19 de marzo: “No se puede considerar consumado el delito por el hecho de iniciar el traslado, la consumación solo se produce cuando se ha generado todo el riesgo descrito en el tipo como consecuencia de la finalidad perseguida, lo cual se produce cuando el autor puede desplegar la finalidad perseguida en el país de conflicto. Ahora bien, desde que se exterioriza la acción a través de un acto físico (art 16.1 CP), y

¹⁸⁵⁴ A ello se refieren ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5ª ed., 2020, pág. 29, respecto del precepto alemán, señalando que es punible incluso el intento de abandonar la República Federal de Alemania para recibir adiestramiento en el extranjero para preparar un acto violento grave que ponga en peligro al Estado (“*schwere staatsgefährdende Gewalttat*”), es decir, que es punible el intento de prepararse para la preparación (“*der Versuch der Vorberitung der Vorbereitung*”). También lo ponen de manifiesto: PUSCHKE, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, N°2, 2018, págs. 101-108; PETZSCHE, en: MARAVER GÓMEZ/POZUELO PÉREZ (Coords.), *La crisis del principio del hecho*, 2020, págs. 22-23. En España, en este sentido: NÚÑEZ CASTAÑO, en: GONZÁLEZ CANO, *Integración europea y justicia penal*, 2018, pág. 252. Para una reflexión más amplia sobre la cadena de preparaciones que podría implicar este delito: ALONSO RIMO, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, págs. 231-233.

¹⁸⁵⁵ STS 13/2018, de 16 de enero, FJ 2.

se acredita la finalidad exigida por el tipo ya comienza la puesta en peligro del bien jurídico protegido (por ejemplo, adquiriendo los billetes del medio de transporte); en la tentativa cabe el desistimiento voluntario, algo imposible en este caso si se considera que el delito se consuma solo por el hecho de iniciar el traslado (art 16.2 CP); si el autor desiste de entrar en el país de destino queda exento de responsabilidad penal. (...). En definitiva, el delito se consuma cuando el sujeto alcanza el país en el que tiene previsto desarrollar algunas de las finalidades que determina que estemos ante un delito de traslado a zona de conflicto, pero la tentativa se puede castigar desde que se inicia la acción de traslado”¹⁸⁵⁶. Sin embargo, en una Sentencia anterior, AN sí condenó a una mujer por el delito del art. 575.3 en su modalidad consumada, a pesar de que la procesada no había llegado a su destino (Siria)¹⁸⁵⁷.

¹⁸⁵⁶ SAN 3/2019, de 19 de marzo. El acusado es condenado por un delito de enaltecimiento del terrorismo y por un delito del art. 575.3 en grado de tentativa, pues el había viajado hasta en dos ocasiones a Turquía con la intención de atravesar desde allí la frontera con Siria. Una vez allí, su objetivo era llevar a cabo la actividad terrorista que ensalzaba y a la que alentaba desde España. Para ello, el acusado viajó hasta Turquía el 26 de enero de 2014, y, después, volvió a España. Permaneció en España hasta que, a principios de julio de 2016, volvió a viajar con el mismo propósito a Turquía. El 22 de julio de 2016, de donde las autoridades turcas le expulsaron cuando se encontraba a 30 km de la frontera con Siria, concretamente en Hatay (Turquía). También en otra SAN anterior, la SAN 31/2018, de 15 de octubre, había condenado por este delito en grado de tentativa. Se dice en la resolución que, como colofón a su proceso de *radicalización*, el acusado decidió integrarse en la organización terrorista DAESH. Para ello, el 10 de julio de 2016 viajó a Turquía, con la intención de cruzar la frontera con Siria y unirse a las fuerzas del Estado Islámico. Fue detenido en Kilis, a escasa distancia de la frontera siria, población utilizada por los *foreign terrorist fighters* europeos para entrar en territorio sirio. El investigado fue detenido por la policía turca y expulsado del país por atentar contra el orden público. De nuevo en España, el acusado intentó de nuevo entrar en territorio sirio con la finalidad ya expuesta de unirse al Estado Islámico, realizando así, el día 23 de noviembre de 2016, un nuevo viaje, esta vez con destino a Jordania, con la intención de acceder desde allí a territorio sirio, no logrando su propósito tras ser detenido en el aeropuerto de Amán y ser expulsado del país. El sujeto reconoció los hechos por los que el Ministerio Fiscal había formulado acusación, no considerándose por tanto necesaria la práctica de prueba alguna ni la prosecución del juicio.

¹⁸⁵⁷ SAN 29/2017, de 30 de noviembre. La procesada, tras su *radicalización* (reflejada en las intervenciones telefónicas y utilización de redes sociales), decidió acompañar a su pareja y padre de su hija menor (quien en el momento de la sentencia se encontraba en una prisión de Marruecos por un delito de terrorismo, pues integraba una célula yihadista dedicada la captación y al reclutamiento) a la zona conquistada por DAESH en Siria. Intentaron llegar al citado lugar en un primer viaje desde Málaga a Estambul el 11 de octubre de 2014, sin conseguirlo. Después, volvieron a intentarlo realizando el mismo trayecto, comprando ese mismo día los billetes en el aeropuerto solo con trayecto de ida. Permanecieron en Turquía esperando para cruzar a Siria para incorporarse al Estado Islámico con la ayuda de los miembros de la organización dedicados a tal finalidad, aunque sin éxito. El día 6 de noviembre de 2015, la procesada fue detenida a su llegada a Málaga, hallándose en compañía de su hija menor de edad. Ella, tras separarse de su pareja, reconoció en sus declaraciones el proceso de radicalización sufrido y la finalidad de viajar a la zona controlada por DAESH en Siria para incorporarse a la organización, aunque nunca llegó a cruzar la frontera a Siria.

2.4. El desmesurado adelantamiento de las barreras de punición

El 575.3 CP (tanto en su redacción de 2015 como en la actual) recoge conductas muy alejadas de la real puesta en peligro de bienes jurídicos, siendo un ejemplo más del sistemático adelantamiento de las barreras punitivas presente en la política criminal antiterrorista fundamentada en argumentos securitarios. Se adelanta la barrera de la intervención penal al momento del viaje de ida por el pronóstico del peligro del retorno¹⁸⁵⁸.

No es necesaria la conexión del viaje con la comisión concreta de un delito de terrorismo, pues el precepto penal castiga a aquel sujeto que viaje para capacitarse, para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer *cualquiera* de los delitos comprendidos en este Capítulo. Ello lo apoya también el art. 13 de la Directiva.

Como se observa, el elemento subjetivo que incluye el art. 575.3 abarca más situaciones que los delitos con los que comparte artículo, pues mientras el elemento teleológico de los apartados 1 y 2 radica en la “finalidad de capacitarse”, el del delito de traslado y establecimiento añade la finalidad de colaborar con una organización o grupo terrorista, o de cometer cualquiera de los delitos de terrorismo comprendidos en el Capítulo¹⁸⁵⁹. De nuevo, el legislador, en su afán de regular todos los supuestos posibles, incurre en desproporción y en inobservancia del principio de lesividad. Y ello porque, a todas luces, no es lo mismo aquel sujeto que viaja para capacitarse (que puede hacerse, recordemos, mediante adoctrinamiento), que el que viaja para hacer llegar unos fondos a un miembro de una organización, que aquel que se traslada con la intención de cometer un atentado¹⁸⁶⁰. En un intento de restringir la aplicación de este delito, la Comisión Internacional de Juristas ha recomendado a los órganos judiciales que interpreten y apliquen los delitos de viaje con fines terroristas de modo que el viaje encaje únicamente dentro de la definición del delito cuando exista un vínculo de proximidad suficiente con el delito principal de terrorismo con arreglo al art. 3 de la Directiva, con un riesgo real y previsible de que se produzca ese acto de terrorismo¹⁸⁶¹. Dejando aquí a un lado que la conducta de trasladarse o establecerse sigue siendo materialmente preparatoria de otras

¹⁸⁵⁸ POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, 2022, pág. 298.

¹⁸⁵⁹ Esta amplitud está presente también en el art. 4 del Protocolo Adicional y en el art. 9 de la Directiva 541/2017.

¹⁸⁶⁰ Realiza consideraciones parecidas, sobre el precepto alemán: ALIABASI, *Die staatsgefährdende Gewalttat*, 2017, págs. 323-325.

¹⁸⁶¹ INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Lucha contra el terrorismo y promoción y protección de derechos humanos ante los tribunales*, *Orientaciones*, 2020, pág. 31.

(que varían en peligrosidad), y ello constituye un adelantamiento desmesurado del Derecho penal.

Las conductas consumadas ya son de por sí actos materialmente preparatorios convertidos en delitos cuya lesividad objetiva es cuestionable. Ya he señalado en el epígrafe anterior la cadena de preparaciones que el tenor literal del tipo permite. Pero incluso, los operadores jurídicos han desarrollado interpretaciones que avanzan mucho más sobre el ámbito de los derechos fundamentales que lo que lo hace el tipo penal. Me refiero a las interpretaciones que de este delito han hecho el Ministerio Fiscal y la AN en alguna de sus resoluciones. Algunas interpretaciones del delito que ha realizado la AN vulneran el principio del hecho y la libertad ideológica. Así, la SAN 5/2017, de 28 febrero, a la que ya me he referido anteriormente, interpreta el verbo típico trasladarse como “una voluntad decidida y contrastada de trasladarse a un escenario en conflicto para recibir entrenamiento y con la finalidad de cometer actos terroristas”. La voluntad de trasladarse a territorio extranjero, por muy determinada que esté en la mente del sujeto, no es más que una idea, y como tal, queda en el ámbito del pensamiento, y el pensamiento no delinque.

El delito entraña una limitación de la libertad de desplazamiento. Esta libertad, consagrada en múltiples instrumentos, como en el art. 19 de la CE¹⁸⁶², el art. 12 del PIDCP, o el art. 2 del Protocolo N°4 del CEDH (cuyos textos son prácticamente idénticos)¹⁸⁶³, comprende varios aspectos: el derecho a la libertad de circulación y a la libertad de elegir la residencia en el territorio de un Estado, cuando se esté legalmente en dicho territorio; el derecho a salir de cualquier país, incluido el propio; y el derecho a entrar en el propio país. Los dos primeros aspectos pueden ser restringidos legalmente si existen razones fundamentadas en la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o en los derechos y libertades de terceros (el Protocolo al CEDH también añade como razón de restricción la prevención del delito). Esta precisamente es la visión

¹⁸⁶² “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

¹⁸⁶³ “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. / 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. / 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. / 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

del Consejo de Europa plasmada en su Informe explicativo del Protocolo Adicional, en el que ha expresado que la gravedad de la amenaza que suponen los combatientes terroristas extranjeros justifica una respuesta contundente, por lo que la limitación de derechos estaría justificada¹⁸⁶⁴. Sin embargo, no existe una cláusula de restricción similar para el derecho a entrar en el propio país. El art. 12.4 PIDCP incluye que nadie podrá ser privado “arbitrariamente” del derecho a entrar en su propio país, pero el art. 3.2 del Protocolo N°4 al CEDH, que es donde este aspecto del derecho se prevé, también prohíbe las privaciones no arbitrarias.

La prohibición de trasladarse o establecerse en otro Estado, que supone tal adelantamiento de las barreras de punibilidad no respetaría los requerimientos de proporcionalidad que las restricciones de derechos deben observar¹⁸⁶⁵. Esta nueva obsesión por evitar, como lo ha llamado AMBOS, el “turismo terrorista”, mediante la creación de tipos penales tales como el de “cruzar fronteras con propósito terrorista”, no resistirá probablemente una revisión constitucional o de derechos humanos, pues *de facto* criminalizaría cualquier traspaso de fronteras de Estados (como Turquía) limítrofes con zonas de actividad terrorista, lo que limitaría indebidamente la libertad general de circulación sobre la base de una mera sospecha¹⁸⁶⁶.

Por otro lado, aunque España no lo prevé como tal, el art. 9 de la Directiva contempla también la criminalización de la entrada en el propio país de nacionalidad o residencia con finalidad terrorista, atendiendo al fenómeno de los combatientes terroristas retornados, lo que deriva en una restricción desproporcionada (y generalmente) discriminatoria del derecho a la entrada en propio el país¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶⁴ Esta misma argumentación toma el BGH alemán en su sentencia 3 StR 326/16, de 6 de abril de 2017, en la que trata el delito homólogo en la legislación penal alemana; y también la Cour Constitutionnelle belga en su Decisión N°8/2018, de 18 de enero.

¹⁸⁶⁵ En este mismo sentido, refiriéndose a la reforma penal francesa para la previsión de este delito: Human Rights Watch, “France: Counterterrorism Bill Threatens Rights”, 2014: “A la luz del art. 12 del PIDCP, (...) toda persona tiene derecho a abandonar cualquier país, incluido el de su nacionalidad. Permitiendo que el Gobierno pueda prohibir abandonar Francia en unos términos tan amplia y vagamente redactados, no cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad establecido en el art. 12 del Convenio”. Consulta: <https://www.hrw.org/news/2014/10/09/france-counterterrorism-bill-threatens-rights> (último acceso 19/03/2023). También: GINSBORG, en: NOWAK/CHARBORD (Ed.), *Using human rights to counterterrorism*, 2018, pág. 213, refiriéndose a la implementación por parte de los Estados de la Resolución 2178; INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Lucha contra el terrorismo y promoción y protección de derechos humanos ante los tribunales, Orientaciones*, 2020, pág. 32; DE COENSEL, *EuCLR European Criminal Law Review*, N°10, Heft 2, 2020, [versión sin paginar].

¹⁸⁶⁶ AMBOS, *EJIL: Talk!*, 2014.

¹⁸⁶⁷ INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Lucha contra el terrorismo y promoción y protección de derechos humanos ante los tribunales, Orientaciones*, 2020, pág. 32.

Ahora bien, que se interprete como desmesurada la anticipación penal que este delito provoca, vulnerando con ello derechos fundamentales e inobservando principios básicos del Derecho penal, no quiere decir que las acciones de los sujetos que preparen delitos de terrorismo no tengan que ser investigadas y monitorizadas por la policía. De hecho, la anticipación debe darse en ese ámbito y no mediante la represión penal de conductas desconectadas, reforzándose la cooperación policial para que los cuerpos policiales de los distintos Estados puedan disponer de información de los flujos de viaje de las personas investigadas.

2.5. Los casos enjuiciados en España y una consideración de género

Por el momento, y pese a los alarmantes datos sobre combatientes terroristas extranjeros que se informaron desde los Gobiernos y las Organizaciones Internacionales¹⁸⁶⁸, el art. 575.3 CP ha tenido una aplicación escasa por parte de los órganos judiciales españoles¹⁸⁶⁹. Existen varias razones que fundamentan esta afirmación.

En primer lugar, con ella no quiero expresar que no existan sujetos que se trasladaron a lugares como Siria e Irak para unirse a un grupo u organización considerado terrorista o que decidan trasladarse o establecerse en el extranjero con finalidades terroristas, pues ello ha ocurrido con DAESH de una forma sin precedentes¹⁸⁷⁰. Lo que ocurre es que a estas personas no se les aplica generalmente el delito recogido en el 575.3 CP. En la mayoría de supuestos, o bien ya se habría cometido un delito de integración

¹⁸⁶⁸ En 2015 y 2016, la ONU cifraba el número de combatientes terroristas extranjeros entre los 25.000 y los 30.000, procedentes de más de 100 Estados distintos, con destinos fundamentalmente en Siria e Irak (ver, por ejemplo: S/2015/358, de 19 de mayo; o S/2015/975, de 29 de diciembre; S/2016/92, 29 de enero de 2016). La OSCE, por su parte, calculaba en 2018 en sus “Guidelines for addressing the threats and challenges of ‘foreign terrorist fighters’ within a human rights framework” que el número aproximado de combatientes extranjeros en 2015 alcanzaba los 40.000, procedentes de 120 Estados, de los cuales aproximadamente un 80% eran *foreign terrorist fighters* (unos 32.000) operando en Siria e Irak. Pueden consultarse datos estadísticos sobre el número de personas con que se trasladaron a otro Estado (aunque en un periodo que abarca los años 2013 y 2017) en: REINARES NESTARES/GARCÍA-CALVO, *Documento de trabajo 13/2017 Real Instituto Elcano*, 2017, págs. 28 y ss.

¹⁸⁶⁹ Sobre la aplicación judicial de este precepto, puede verse: MOLINA ÁLVAREZ, *CPC*, N°130, 2020, págs. 137-146.

¹⁸⁷⁰ El flujo de combatientes terroristas extranjeros, eso sí, varía de unos Estados a otros. Según la FRA, Bélgica, Alemania y Francia (junto con el Reino Unido, en el contexto europeo más amplio) han sido los principales países de origen de combatientes terroristas extranjeros, lo que originó un importante número de procesamientos, así como medidas administrativas para evitar que los individuos viajaran a las zonas de conflicto en primer término (FRA, Directive (EU) 2017/541, on combating terrorism, impact on fundamental rights and freedoms, 2021, pág. 67). Sobre los combatientes terroristas retornados, ampliamente: RAGAZZI/WALMSLEY, en: SCHERRER, *The return of foreign fighters to EU soil*, 2018, págs. 23-102.

(art. 572.2 CP) o de colaboración (art. 577 CP), o bien habrían cometido otros delitos de terrorismo, que absorberían al 575.3 por el principio de consunción del art. 8.3ª CP. Esto último se ha reconocido en alguna resolución judicial¹⁸⁷¹. Se trata, por tanto, de un precepto que no cubre generalmente conductas que de otro modo quedarían impunes como quiso justificarse en el Preámbulo de la LO 2/2015.

Por otro lado, existe otra razón para su escasa aplicación. Y es que, en realidad, solo se imputa a las personas que están viajando o que están a punto de hacerlo, pues las personas que ya consiguieron llegar a Siria o a Irak y siguen con vida, no están siendo reclamadas por las autoridades españolas para ser juzgadas aquí (obviamente, no lo serían además por el delito de traslado a territorio extranjero, pues generalmente habrán cometido, si han estado en zonas de conflicto armado, otros delitos de terrorismo más graves, o crímenes internacionales que obviamente consumirían el delito de traslado o establecimiento en el extranjero¹⁸⁷²). Ello denota los tintes de Derecho penal simbólico que el delito del art. 575.3 CP presenta.

¹⁸⁷¹ STS 13/2018, de 16 de enero, que confirma la SAN 11/2017, de 17 de marzo (sobre los hechos, ver n.p. 1849). El Ministerio Fiscal señala en su recurso que pese a haber formulado acusación por un delito de integración en organización terrorista (en la AN), sostuvo como calificación subsidiaria un concurso real entre los delitos de colaboración con organización terrorista, autoadocinamiento terrorista y tentativa de desplazamiento a territorio extranjero controlado por organización terrorista. En su recurso, la Fiscalía asume el pronunciamiento absolutorio de la AN respecto del delito de integración en organización terrorista, pero entiende que la condena de la acusada como autora de un delito de colaboración con organización terrorista, debería ir acompañada de su punición como responsable de un delito de autoadocinamiento y de un delito intentado de desplazamiento a territorio ocupado por tales organizaciones. El recurso destaca que el Tribunal de instancia declaró probados los comportamientos en los que el Ministerio Fiscal había hecho descansar su acusación por estos dos últimos delitos, y sostiene que esos comportamientos contienen elementos antijurídicos que no están incluidos en el delito de colaboración con organización terrorista por el que fue condenada. La AN había absuelto de este delito pero condenaba por colaboración, confirmando el TS esta condena, apoyándose en la siguiente argumentación: “cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuridicidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 CP, y, concretamente, por su regla 3ª, que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume a otro más simple”.

La SAN 19/2018, de 13 de julio, condenó a una mujer por integración en organización terrorista, aunque se había pedido alternativamente su condena por tentativa de desplazamiento, entre otros delitos. La sentencia fue recurrida, y la STS 150/2019, de 21 de marzo, modificó la condena a un delito de colaboración (art. 577.2 CP), pues no se cumplían los requisitos del delito de integración. La acusada, Alias Monja y alias Muñeca, identificada después como “Genoveva”, era una ciudadana ceutí que había sufrido un rápido proceso de radicalización. La acusada en el año 2015 salió de España con dirección a Siria para unirse a una organización terrorista, siendo detenida en Turquía donde estuvo tres meses en prisión hasta que hubo de abandonar dicho país, sin que lograr llegar a Siria. Mantenía contactos con personas que estaban o habían estado en Siria (entre ellos, miembros de su familia). Facilitaba información y consejos a personas que querían desplazarse. Según la AN, los datos y hechos recogidos en la sentencia acreditan que la conducta de la acusada tiene encaje en el delito de integración en organización terrorista del art. 571 y art. 572.2 CP, por lo que desecha la calificación subsidiaria del Fiscal, que incluía la tentativa del 575.3 CP.

¹⁸⁷² Sobre ello: Eurojust, “Cumulative prosecution of foreign terrorist fighters for core international crimes and terrorism-related offences”, 2020, págs. 1-30.

Al hilo de esto, cabe recordar el Considerando (37) de la Directiva (y el art. 26 del Protocolo Adicional), que excluye las actividades de las fuerzas armadas durante los períodos de conflicto armado. Esta previsión comunitaria es muy sucinta, y plantea problemas de Derecho aplicable, como ya he señalado anteriormente. En la actualidad, los procesos relacionados con actos violentos cometidos en el transcurso de un conflicto armado en el extranjero pueden llevar a una absolución si la acusación se basa en las disposiciones específicas de la Directiva y su transposición nacional y sin tener en cuenta el Considerando (37), que después es invocado por la defensa para impugnar la imputación de delitos de terrorismo con respecto a actos que tuvieron lugar como parte de un conflicto armado¹⁸⁷³. Pero no olvidemos que el delito aquí tratado se limita a castigar el traslado o el establecimiento, no es necesaria la comisión de otros actos posteriores, que podrán caer en el ámbito del DIH si se cumplen sus requisitos, o en el ámbito del Derecho penal.

Al momento de escribir estas páginas, en España, ha habido alguna sentencia en la que se ha interesado por el Ministerio Fiscal la aplicación del art. 575.3¹⁸⁷⁴, otra en la que la AN condenó por desplazamiento a territorio controlado¹⁸⁷⁵ pero que posteriormente fue revocada por el TS¹⁸⁷⁶, y otras pocas en las que sí se ha condenado definitivamente por este delito¹⁸⁷⁷.

Llama especialmente la atención que, en los escasos casos enjuiciados por este delito, hayan sido algunas de las acusadas/condenadas mujeres. Sorprende puesto que hasta 2014 ninguna mujer había sido procesada en España por actividades relacionadas con el terrorismo yihadista. Ha sido a partir del surgimiento del Estado Islámico cuando las mujeres se han implicado en actividades terroristas de naturaleza yihadista en España¹⁸⁷⁸. De acuerdo con un estudio realizado por el Real Instituto Elcano, “entre las mujeres, la *disposición* a desplazarse a una zona de conflicto ha sido mayor que entre los hombres. Mientras que ocho de cada diez mujeres se desplazaron, trataron de hacerlo o tenían voluntad de viajar a esos escenarios, ello se aprecia en únicamente cuatro de cada

¹⁸⁷³ GHERBAOUI/SCHEININ, *VerfassungsBlog*, 25 de enero de 2022.

¹⁸⁷⁴ STS 13/2018, de 16 de enero; que confirma la SAN 11/2017 de 17 marzo; o la SAN 19/2018, de 13 de julio, modificada por la STS 150/2019, de 21 de marzo.

¹⁸⁷⁵ SAN 5/2017, de 28 febrero.

¹⁸⁷⁶ STS 661/2017, de 10 de octubre.

¹⁸⁷⁷ SAN 29/2017, de 30 de noviembre; SAN 31/2018, de 15 de octubre; SAN 3/2019, de 19 de marzo, confirmada por la STS 137/2021, de 17 de febrero.

¹⁸⁷⁸ GARCÍA-CALVO, *ARI Real Instituto Elcano*, N°28, 2017, págs. 2 y 4.

diez hombres. Aunque estos últimos tendían a desplazarse únicamente como combatientes terroristas extranjeros mientras que las mujeres estaban principal aunque no exclusivamente animadas por otro tipo de propósitos no operativos”¹⁸⁷⁹. Aunque es cierto que hombres y mujeres comparten los objetivos del Estado Islámico y los medios para alcanzarlos, los motivos que les dispusieron a implicarse de forma activa con la organización difieren. Las mujeres son más proclives a tomar el camino de la yihad por motivos de carácter emocional o afectivo, entre los que se encuentran la promesa de contraer matrimonio con un combatiente sobre el terreno, o que su propia pareja sentimental fuera la que les introdujera en la atmosfera del Estado Islámico¹⁸⁸⁰. Por lo general, pueden encontrarse factores de “empuje” y factores de “atracción”. Los factores de empuje más comunes fueron los sentimientos de discriminación, la persecución o falta de pertenencia a su sociedad, la búsqueda de la independencia o las quejas relacionadas con la política exterior. Los factores de atracción iban desde motivaciones ideológicas; algunas de ellas motivadas por los esfuerzos propagandísticos del Estado Islámico para representar el empoderamiento de las mujeres en el seno del propio Estado Islámico; el cumplimiento de una “obligación” percibida de realizar la hégira¹⁸⁸¹ y vivir bajo un estricto gobierno islámico; el apoyo al proyecto de construcción del Estado Islámico; la búsqueda de aventuras; el deseo de contraer matrimonio; el emprendimiento de un viaje con la familia (voluntariamente o no)¹⁸⁸², y, de forma más escasa, el deseo de ejercer funciones militares u operativas¹⁸⁸³. Ahora bien, aunque muchas mujeres estaban

¹⁸⁷⁹ REINARES NESTARES/GARCÍA-CALVO, *Documento de trabajo 13/2017 Real Instituto Elcano*, 2017, págs. 28 y ss.

¹⁸⁸⁰ GARCÍA-CALVO, *ARI Real Instituto Elcano*, N°28, 2017, pág. 10. Los hombres, sin embargo, se apoyan más en un compromiso ideológico con los principios y valores del salafismo yihadista o en razones utilitarias, como tener un estatus o un salario o alcanzar el paraíso. Sí coinciden hombres y mujeres en las causas existenciales e identitarias como principal motor de su implicación terrorista: carencia de una identidad definida, la crisis por la pérdida de algún ser querido, la falta de un horizonte vital ilusionante o la frustración.

¹⁸⁸¹ La hégira es la migración de Mahoma desde su ciudad natal, la Meca, a la ciudad de Medina, en el año 622 d.C.

¹⁸⁸² COOK/VALE, *International Centre for the Studies of Radicalisation*, 2018, pág. 26.

¹⁸⁸³ De acuerdo con un estudio estadístico sobre los combatientes terroristas extranjeros que se marcharon desde Alemania, (Bundeskriminalamt, “*Analyse der Radikalisierungshintergründe und verläufe der Personen, die aus Islamistischer Motivation aus Deutschland in Richtung Syrien oder Irak Ausgereist Sind*”, 2016, pág. 41), mientras que para más de uno de cada dos (56%) emigrantes masculinos había indicios de una motivación de participación en las hostilidades, este era el caso de únicamente menos de una de cada cinco mujeres (18%). Según las conclusiones de las autoridades de seguridad alemanas, el 39% de los hombres que se marcharon participaron realmente en las hostilidades, mientras que solo hubo indicios aislados de ello entre las mujeres que se marcharon (3%).

dispuestas y deseosas de viajar a Siria e Irak por propia decisión, otras muchas fueron coaccionadas y obligadas a ello¹⁸⁸⁴.

Los roles que desempeñaron las mujeres que viajaron a los territorios de Irak y Siria fueron diversos. Sus funciones llegaron más allá de las asignadas a las “*yihadi brides*” (las mujeres que se casan con *muyahidines*), un término especialmente limitado y problemático, que pasa por alto la complejidad de las motivaciones y las funciones que desempeñaron las mujeres en los lugares de destino¹⁸⁸⁵. El Estado Islámico no descarta la capacidad de las mujeres para el allegamiento de fondos, para la difusión de propaganda y para la captación y apoyo logístico de los viajes a través de las redes sociales¹⁸⁸⁶, y estas funciones sí que han sido llevadas a cabo por mujeres¹⁸⁸⁷. Estas conductas podrían constituir un delito de colaboración (art. 577 CP), que consumiría el de traslado o establecimiento por ser un delito más amplio o complejo en el caso de que fuera imputado. Ahora bien, aunque algunas mujeres desempeñaron las citadas funciones, la realidad de la mayoría es (o fue) distinta, a pesar de lo que se quiso hacer creer a la opinión pública por algunos medios de comunicación y por la organización terrorista misma (que ejercerían funciones relevantes y de carácter militar). Su rol primordial ha sido casarse con desconocidos (a veces, en repetidas ocasiones) y apoyar la yihad desde el hogar¹⁸⁸⁸, la “yihad sin luchar”¹⁸⁸⁹. Si el papel primordial que las mujeres desempeñaron en las organizaciones yihadistas como DAESH era el de casarse con *muyahidines* y criar a los hijos que tuvieran con ellos, existen serias dudas de que puedan calificarse como

¹⁸⁸⁴ COOK/VALE, *International Centre for the Studies of Radicalisation*, 2018, pág. 26.

¹⁸⁸⁵ COOK/VALE, *International Centre for the Studies of Radicalisation*, 2018, pág. 26; POKALOVA, *Returning Islamist Foreign Fighters*, 2020, pág. 166.

¹⁸⁸⁶ GARCÍA-CALVO, *Revista de Occidente*, N°406, 2015, pág. 44; también, COOK/VALE, *International Centre for the Studies of Radicalisation*, 2018, págs. 26-28; RAGAZZI/WALMSLEY, en: SCHERRER, *The return of foreign fighters to EU soil*, 2018, pág. 37.

¹⁸⁸⁷ También ejercieron en algún caso funciones de control o policía. Puede citarse como ejemplo la brigada femenina del Estado Islámico Al-Khansaa. Según TORRES-DÍAZ, en: LAPIEDRA GUTIÉRREZ (Coord.), *Feminismo/s*, N°26, 2015, pág. 107: “las funciones de la Brigada podrían resumirse en las de policía moral femenina en los territorios que controlan, esto es: hacer cumplir de manera expeditiva y brutal las estrictas normas de vestimenta, actividad y ocupación del espacio público establecidas en el califato. No participan directamente en acciones militares, pero van armadas y su sola presencia y patrulla de la ciudad de Raqqa aterroriza a las mujeres, que son reprendidas, golpeadas, castigadas con flagelaciones o detenidas ante cualquier supuesta desviación de la pretendida ortodoxia impuesta. En enero de 2015, la Brigada Al-Khansaa dio un significativo paso adelante con respecto a las funciones señaladas e hizo público en internet, a través de los habituales foros yihadistas, un manifiesto en árabe sobre el papel de la mujer en el califato”.

¹⁸⁸⁸ REINARES NESTARES/GARCÍA-CALVO, *Estado Islámico en España*, 2016, pág. 22; WINTER/MARGOLIN, *CTC Sentinel*, Vol. 10, N°7, 2017, págs. 25-26; *Europol*, “Women in Islamic State propaganda”, 2018, pág. 20; POKALOVA, *Returning Islamist Foreign Fighters*, 2020, pág. 178.

¹⁸⁸⁹ El N°11 de la Revista *Dabiq* publicada por DAESH incluía precisamente un artículo titulado “A Jihad Without Fighting” dirigido a las mujeres y a su obligación de practicar la “yihad sin luchar”.

colaboradoras¹⁸⁹⁰ o como integrantes, y, mucho menos, como potenciales perpetradoras de actos terroristas propiamente dichos. Dejando a un lado aquí, por supuesto, el hecho de que muchas de esas mujeres fueron obligadas a viajar, por lo que ellas representan víctimas del terrorismo (y de otros delitos).

La SAN 29/2017, de 30 de noviembre, es la única condena que existe en España por el delito del art. 575.3 en su modalidad consumada. A ella me he referido anteriormente al tratar el elemento subjetivo de este delito. En la sentencia no se motiva el cumplimiento de los requisitos del tipo, simplemente se plasma la confesión de la autora de los hechos (a la que se aplica la atenuante analógica de confesión), y señala únicamente que se había radicalizado y su objetivo era viajar a Siria para unirse al DAESH, y *acompañar a su marido, Javier, a la zona conquistada por el Estado Islámico*. ¿Se cumplían aquí realmente los requisitos del tipo? Ella reconoce parcamente que “quería unirse al Estado Islámico”, pero, como ya he expresado antes, el delito debe exigir una determinación claramente demostrada de hacerlo con el fin de contribuir o cometer efectivamente un delito principal. En el sentido lingüístico de la palabra, obviamente para la mujer su traslado a Siria junto a su marido es una forma de “colaboración” con DAESH, pero ¿lo es a efectos penales para apreciar que la finalidad de su viaje era la de colaborar con una organización o grupo terrorista? Creo que no. Más bien creo que en este caso se castigó por la simple comunión con determinadas ideas (rasgo definitorio del Derecho penal de autor), concretamente el ideal de unirse al *califato*, aunque después nunca se llegara a una colaboración efectiva con la organización, ni mucho menos, a la comisión de otros actos de terrorismo.

Al hilo de lo anterior, cabe poner de manifiesto que el TS ha reconocido, precisamente en una sentencia que no castiga por el delito del art. 575.3, sino por un delito de colaboración, lo siguiente: “de un lado, el *factum* de la sentencia [de la AN] se limita a expresar que la *intención que impulsaba a la acusada, era casarse con un integrante del Estado Islámico, lo que perfila un comportamiento individual que no consiste en apoyar materialmente las acciones terroristas y queda por ello fuera del espacio del tipo penal*¹⁸⁹¹”.

¹⁸⁹⁰ PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyahadista*, 2017, pág. 352.

¹⁸⁹¹ STS 13/2018, de 16 de enero, FJ 2.

3. Las decisiones sobre la constitucionalidad de los delitos de viaje con fines terroristas en el Derecho comparado: Alemania y Bélgica

3.1. La Sentencia del BGH alemán sobre la constitucionalidad del delito de salida de Alemania con finalidad terrorista del StGB

A pesar de todos los reparos constitucionales que presenta el precepto del CP, no ha sido cuestionado por ninguna de las vías disponibles ante el TC. La Directiva, que contiene una regulación, si cabe, más amplia de los viajes con fines terroristas y con muchas implicaciones en materia de derechos fundamentales, tampoco tiene visos de ser modificada, pues la revisión de la misma realizada a finales de 2021 no apuntaba en esa dirección. No obstante, en Alemania, el BGH sí ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el precepto que criminaliza los viajes con fines terroristas en su legislación penal¹⁸⁹².

En Alemania se introdujo el delito homólogo al art. 575.3 CP en su § 89a (2a) StGB¹⁸⁹³, a través de la reforma operada en 2015 por la “*Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten*”. Este precepto se refiere a “*aus der Bundesrepublik Deutschland auszureisen*”, que significa “salir” o “abandonar” la República Federal de Alemania con el fin de cometer un acto de violencia grave que ponga en peligro al Estado, o para adiestrarse o adiestrar a otro para ello¹⁸⁹⁴.

El supuesto de hecho es el siguiente. El 24 de junio de 2015, el acusado viajó de Múnich a Ankara (Turquía). Su intención era, desde allí, atravesar la frontera turca e ingresar a Siria. Las autoridades turcas no le permitieron la salida del país hacia Siria, por lo que volvió a Alemania. El 10 de octubre de 2015, el acusado fue detenido en el aeropuerto de Múnich tras pasar por los controles de seguridad e inmigración. El acusado iba a volar a la ciudad turca de Adana haciendo escala en Estambul. Desde Adana, pretendía cruzar a Siria. En el momento de su detención, el acusado tenía su billete de ida, ropa de exterior (similar a la que llevan los soldados en zonas desérticas), dos teléfonos móviles y 270 euros en efectivo. La intención del acusado era participar

¹⁸⁹² BGH 3 StR 326/16, de 6 de abril de 2017.

¹⁸⁹³ “(2a) Absatz 1 ist auch anzuwenden, wenn der Täter eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet, indem er es unternimmt, zum Zweck der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat oder der in Absatz 2 Nummer 1 genannten Handlungen aus der Bundesrepublik Deutschland auszureisen, um sich in einen Staat zu begeben, in dem Unterweisungen von Personen im Sinne des Absatzes 2 Nummer 1 erfolgen”.

¹⁸⁹⁴ Sobre ello: ALIABASI, *Die staatsgefährdende Gewalttat*, 2017, págs. 320-325; PUSCHKE, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, N°2, 2018, págs. 101-108.

activamente en operaciones de combate armado en Siria en nombre de la yihad. Para ello, el acusado planeaba ser instruido inicialmente en el manejo de armas de fuego y explosivos. Una vez completado su entrenamiento, el acusado estaba decidido a participar en operaciones de combate en Siria como miembro de una organización islamista, supuestamente Jabhat Al-Nusra, u otra afín a ella.

El Tribunal Regional de Múnich condenó al sujeto a dos años y medio de prisión por dos delitos de preparación de un delito violento grave que ponga en peligro al Estado, concretamente el de viajar fuera de la República Federal de Alemania con finalidad terrorista (§ 89a (2a) StGB), el primero de ellos consumado, y, el segundo, en grado de tentativa. El acusado recurrió la sentencia, basando principalmente su recurso en la inconstitucionalidad del § 89a (2a) StGB.

El BGH confirmó la decisión del Tribunal de Múnich, pues esta no contenía ningún error de derecho. A pesar de ello, el BGH abordó la constitucionalidad del § 89a (2a) StGB, por si debía remitir la norma al Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*).

El BGH ya se había pronunciado años antes sobre la constitucionalidad del § 89a (2) 3 StGB en la redacción dada por la “Ley para la persecución de la preparación de actos violentos graves que pongan en peligro al Estado”, de 30 de julio de 2009, y declaró que satisfacía el principio de legalidad previsto en el 103.2 de la *Grundgesetz*, que perseguía una finalidad constitucionalmente legítima y que se ajustaba al principio de proporcionalidad¹⁸⁹⁵.

¹⁸⁹⁵ BGH 3 StR 243/13, de 8 de mayo de 2014, en la que básicamente confirmó la constitucionalidad del § 89a (2) 3 StGB. Este precepto, tiene el siguiente tenor: (2) El apartado 1 se aplicará si el autor prepara un acto de violencia grave que ponga en peligro al Estado mediante: (...) [la] 3. Obtención y conservación de objetos o sustancias esenciales para la fabricación de armas, sustancias o dispositivos del tipo especificado en el N°1” (“(2) Absatz 1 ist nur anzuwenden, wenn der Täter eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet, indem er: (...) 3. Gegenstände oder Stoffe sich verschafft oder verwahrt, die für die Herstellung von Waffen, Stoffen oder Vorrichtungen der in Nummer 1 bezeichneten Art wesentlich sind”). Las armas a las que se refiere son las siguientes: “armas de fuego, explosivos, dispositivos explosivos o incendiarios, combustible nuclear u otras sustancias radiactivas, sustancias que contengan o puedan producir veneno, otras sustancias nocivas para la salud, dispositivos especiales necesarios para la comisión del delito” (“Schusswaffen, Sprengstoffen, Spreng- oder Brandvorrichtungen, Kernbrenn- oder sonstigen radioaktiven Stoffen, Stoffen, die Gift enthalten oder hervorbringen können, anderen gesundheitsschädlichen Stoffen, zur Ausführung der Tat erforderlichen besonderen Vorrichtungen”). Los hechos que dieron lugar a este recurso eran los siguientes: “K”, el demandante, comenzó en 2010 a percibir que los medios occidentales de comunicación culpaban a los musulmanes de los atentados terroristas en todo el mundo. Posteriormente, K comenzó a sentir odio hacia la civilización occidental y a alimentar un deseo de venganza contra ella. K empezó a investigar en internet sobre el islamismo yihadista y especialmente sobre la admisibilidad teológica de la yihad violenta, o sobre el suicidio y el martirio; y disponía de muchos materiales descargados sobre ello. En el verano de 2010, el

Para el § 89a (2a) StGB, precepto que le ocupa en esta ocasión, declaró que también cumplía el requisito de certeza del principio de legalidad, pues no presentaba características especiales que pudieran justificar una valoración diferente a la realizada en la sentencia mencionada anteriormente.

Después, examina el tipo penal sobre la base de los cuatro criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional alemán: la finalidad legítima (*legitimer Zweck*); la necesidad (*Notwendigkeit*); la idoneidad (*Geeignetheit*); y la razonabilidad o proporcionalidad en sentido estricto (*Angemessenheit*).

La prevención de delitos graves que ponen en peligro al Estado constituye un fin legislativo legítimo.

La disposición pretende mantener a los potenciales autores de actos graves de subversión lejos de los países donde pueden instruirse en las habilidades que necesitan para cometer tales actos, por lo que la medida es adecuada para lograr ese objetivo. Para el Tribunal, la medida es necesaria porque el legislador no podría haber elegido otro medio que fuera igualmente eficaz pero que no restringiera el derecho fundamental o lo restringiera en menor medida.

condenado descargó y leyó la revista “Inspire”, que contenía el artículo “Cómo construir una bomba en la cocina de tu madre”. Este artículo daba instrucciones sobre cómo utilizar materiales de fácil acceso para construir una bomba de tubo (“*pipe bomb*”) capaz de matar hasta a diez personas. En 2011, el demandante tomó la decisión de construir una bomba de tubo. Para ello, alquiló una habitación en enero de 2011 y compró los materiales necesarios. Esto incluía casi 200 cajas de cerillas, fuegos artificiales, tubos de metal, tapones de sellado, baterías, azúcar, una cadena de luces, tres relojes de alarma, un teléfono móvil y clorato de sodio. En febrero de 2011, K probó con éxito la ignición de la pólvora explosiva que había mezclado con las cabezas de las cerillas y la pólvora negra extraída de los fuegos artificiales. Según la sentencia que lo condenó, los ingredientes recogidos por K eran suficientes para construir una bomba de tubo con un radio de impacto letal de nueve metros. El 13 de febrero de 2011, K provocó accidentalmente una explosión mientras molía bengalas en una batidora, provocándose a él mismo quemaduras de segundo grado en la cara y en los brazos. Tras ser ingresado en el hospital, fue interrogado por la policía. K fue dado de alta del hospital el 5 de marzo de 2011 y quedó temporalmente sin hogar. A pesar de la observación policial, K logró escapar a Pakistán, donde se alojó con la familia de su esposa. El 8 de mayo de 2011 se emitió una orden de detención contra él, y el 22 de diciembre de 2012 volvió a Alemania y fue detenido. Un Tribunal de Frankfurt lo condenó a una pena de tres años de prisión por la preparación de un delito violento grave con peligro para el Estado, de conformidad con el § 89a (2) del StGB y por un delito de explosión imprudente, de conformidad con el § 308 del StGB. En la decisión del recurso, en el que se alegaba la inconstitucionalidad del § 89a (2) 3 del StGB, el BGH introdujo la necesidad de interpretar restrictivamente el elemento subjetivo del delito, según la cual el individuo ya debe estar firmemente determinado a realizar los actos preparatorios en el § 89a (2) StGB para cometer actos violentos graves. Sobre esta Sentencia, puede verse: PETZSCHE, *HRRS*, 1/2015, págs. 33-36. Este precepto alemán tiene similitud con las conductas típicas del art. 574 CP, que castiga el depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, (cuando los hechos se cometan con cualquiera de las finalidades expresadas en el art. 573.1 CP).

En cuanto al requisito de la razonabilidad o de proporcionalidad en sentido estricto, la gravedad de la limitación por la pena amenazada se equilibra con el gran peso de los bienes jurídicos amenazados (seguridad del Estado, vida, libertad personal). Y para evitar una prohibición general injustificada de salir del país, se requieren los elementos subjetivos adicionales del delito. Además, señala el Tribunal que el intento de salir de Alemania constituye a menudo la última posibilidad para que las autoridades estatales puedan detener al sujeto, e impedir así que siga radicalizándose y afirmando sus convicciones y actitudes. A este respecto, señala el BGH que no se castiga el pensamiento, sino una actividad que pone en peligro bienes jurídicos importantes.

Por todo ello, el BGH consideró que el § 89a (2a) StGB era constitucional.

3.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional belga N°8/2018, de 18 de enero, sobre la constitucionalidad del delito de viaje con finalidad terrorista

En otros lugares de este trabajo ya he señalado que Bélgica también cuenta con un delito que criminaliza los viajes con fines terroristas. El Code Pénal belga lo tipifica en su art. 140 sexies, y, de forma fiel a la Directiva 2017/541, castiga tanto los viajes al extranjero con la finalidad de cometer un acto de terrorismo o la de contribuir a su comisión, como la entrada a Bélgica para cometer en su territorio nacional o en el extranjero delitos de terrorismo o contribuir a su comisión. Este delito se incluyó en el Code Pénal belga en 2015, y fue ampliado en 2019.

La ONG que recurrió ante el Tribunal Constitucional belga la constitucionalidad de este delito alegó como primer motivo que su tipificación no respetaba el principio de legalidad penal reconocido en la Constitución belga y en los principales instrumentos de derechos humanos de los que dicho Estado es parte. Ello, por varias razones: en primer lugar, porque la disposición legislativa no proporciona al juez un criterio para apreciar la existencia de la intención terrorista que exige el tipo penal; en segundo lugar, porque el precepto impugnado no precisa el momento a partir del cual se consuma el delito; y porque autoriza la represión como delito consumado de comportamientos ya castigados como tentativa de otros delitos de terrorismo, así como la tentativa del propio viaje.

El Tribunal Constitucional belga respondió al primer motivo señalando que el principio de legalidad penal no impide que la ley otorgue al juez un poder discrecional, pues hay que tener en cuenta el carácter general de la ley, la diversidad de situaciones a las que se aplica, y la evolución de los comportamientos que reprimen. El requisito de

que un delito esté claramente definido por la ley se cumple cuando el individuo puede saber, a partir de la redacción de la disposición, y, si es necesario, con la ayuda de su interpretación por los tribunales, qué actos y omisiones dan lugar a responsabilidad penal. El hecho de que la disposición impugnada no mencione los elementos a partir de los cuales el juez puede establecer la existencia del elemento intencional no es suficiente para considerar que impide a la persona que sale o entra en el territorio nacional evaluar, de forma anticipada y satisfactoria, cuáles serán las consecuencias penales de su conducta. Esta persona puede determinar razonablemente, a partir del texto de los artículos mencionados en la disposición impugnada (lo que suponen en Derecho penal belga, delitos de terrorismo¹⁸⁹⁶), si tiene la intención de cometer uno o varios de los delitos definidos en ella. El Tribunal argumenta que la disposición impugnada forma parte de un paquete de medidas adoptadas para “combatir el terrorismo con mayor eficacia” y “responder, entre otras cosas, a las obligaciones derivadas de la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad”, la cual fue adoptada para hacer frente a la “terrible y creciente amenaza que suponen los combatientes terroristas extranjeros”.

En cuanto a la tentativa, el Tribunal aclara que el legislador ha hecho punible tanto el acto de salir o entrar en el territorio nacional como el inicio de su ejecución, cuando se dan las condiciones previstas para la tentativa en general. Ello lo encuentra el Tribunal claro y jurídicamente previsible. Y, por último, con respecto a la doble intencionalidad que exige el delito, señala que, aunque su prueba pueda tornarse difícil para las autoridades, ello no es suficiente para declarar que el art. 140 sexies del Código Penal es incompatible con el principio de legalidad penal.

El segundo motivo alegado, la vulneración de la libertad de movimiento, es desestimado por el Tribunal con una escueta argumentación. Señala que este derecho puede ser limitado, independientemente de la nacionalidad de la persona, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (o de prevención del delito), si ello se realiza de forma proporcional. Si el comportamiento de la persona en cuestión representa una amenaza real, presente y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad, su penalización puede estar justificada. Para ello, vuelve a remitirse a la

¹⁸⁹⁶ Con una definición en su art. 137 Code Pénal, por cierto, muy similar a la del art. 573 de nuestro CP. Ello puede parecer una obviedad teniendo en cuenta que los Estados miembros de la UE y del Consejo de Europa deben armonizar sus definiciones de lo que constituyen delitos de terrorismo, pero es cierto que algunas son más similares que otras.

Resolución 2178 y a la amenaza que respetan los combatientes terroristas extranjeros y retornados.

Por todo ello, el Tribunal belga estima que el delito previsto en el art. 140 sexies es compatible con el principio de legalidad penal y, dada la amenaza representada por los combatientes terroristas extranjeros, la limitación que supone de la libertad de movimiento estaría justificada.

Como se observa, ambos tribunales utilizan un argumento centrado en la amenaza a la seguridad que representan los combatientes terroristas extranjeros y en que existen obligaciones internacionales en la materia. Ahora bien, estas obligaciones internacionales y la amenaza antedicha no eximen a los Estados de sus compromisos de respeto a los derechos fundamentales¹⁸⁹⁷.

Excurso: los combatientes terroristas extranjeros y otras problemáticas conexas

Aunque el Estado Islámico, principal fuente de preocupación internacional en materia de combatientes terroristas extranjeros, ya ha perdido sus últimos territorios en Siria e Irak, la comunidad internacional se enfrenta ahora a otros desafíos en relación con las personas que se trasladaron a los citados territorios extranjeros. Haré referencia a dos de ellos. En primer lugar, el enjuiciamiento de las personas que, integradas en DAESH, cometieron crímenes en los territorios de Irak y Siria. Y, en segundo lugar, la cuestión relativa a los miles de personas de nacionalidad europea que se encuentran detenidas en campos de Irak y Siria, fundamentalmente mujeres y niños que formaban parte de las llamadas “familias del Estado Islámico”.

a) *Los combatientes terroristas retornados, los delitos cometidos en lugares de conflicto armado y su investigación*

En otros lugares de esta obra me he referido a la cuestión de conflicto armado en la que se han encontrado Siria e Irak con el Estado Islámico¹⁸⁹⁸. En el curso de esos conflictos, se han denunciado reiteradamente por organismos de la ONU y por organizaciones no gubernamentales y humanitarias que actuaban sobre el terreno que los miembros de DAESH y de otras

¹⁸⁹⁷ DE COENSEL, *EuCLR European Criminal Law Review*, N°10, Heft 2, 2020, [versión sin paginar].

¹⁸⁹⁸ Ver *supra*: *Excurso: La “Guerra contra el terrorismo”: ¿son legítimas las medidas militares contra el terrorismo? Algunas consideraciones en relación con el Derecho Internacional Humanitario.*

organizaciones consideradas terroristas, como Jabhat Al-Nusra, han cometido crímenes internacionales: generalmente, crímenes de guerra y crímenes de genocidio (con la comunidad yazidí)¹⁸⁹⁹.

La comisión de estos delitos debería ser investigada y sus responsables juzgados. Existen varias vías para ello, si bien algunas se tornan más difíciles que otras por la situación de conflicto en la que se encuentran los Estados en cuestión, pero también por otra serie de condicionantes políticos, a los que ya me he referido en esta obra al tratar la competencia de la CPI sobre estos delitos¹⁹⁰⁰. También cabe la posibilidad de que los presuntos responsables de estos delitos sean juzgados en otros Estados en virtud del principio de justicia universal, o por los propios Estados de los que son nacionales o residentes.

En el caso de que las personas investigadas por estos crímenes sean nacionales de Estados europeos y hayan retornado a dichos Estados, podrían ser juzgadas por crímenes internacionales (y de terrorismo) en virtud de la legislación nacional, por el principio de nacionalidad (en España, en virtud del art. 23.2 LOPJ). Si las personas no fueran nacionales, en virtud del principio de universalidad o de justicia universal¹⁹⁰¹ (en España, de acuerdo con el art. 23.4 LOPJ, principalmente con lo previsto en sus letras a) delitos de genocidio, lesa humanidad, o contra personas o bienes protegidos en el contexto de un conflicto armado; c) desapariciones forzadas; y e) terrorismo). Algunos órganos judiciales de Estados europeos ya han juzgado a miembros de DAESH y de Jabhat Al-Nusra por crímenes internacionales de acuerdo con sus legislaciones internas¹⁹⁰². Hasta el momento me he referido a personas retornadas, es decir, a las que de un modo u otro han conseguido volver a Europa. La cuestión se agrava con los miles de personas que todavía permanecen en los territorios de Siria e Irak, y que no están siendo generalmente reclamadas por sus Estados de nacionalidad o residencia para ser juzgadas.

De todos modos, en el caso de que un Estado europeo esté en condiciones de iniciar un proceso penal contra un combatiente terrorista extranjero, surgen dificultades a la hora de recabar pruebas. La Comisión Europea, en la revisión de la Directiva 541/2017 con motivo de sus cinco años de vigencia, ha manifestado que los Estados encuentran dificultades para obtener pruebas, especialmente cuando estas se encuentran fuera del territorio nacional o europeo, circunstancia que se produce con frecuencia en el contexto actual. La Comisión Europea y el Servicio Europeo

¹⁸⁹⁹ Eurojust, “Cumulative prosecution of foreign terrorist fighters for core international crimes and terrorism-related offences”, 2020, págs. 12-15; Informe de la Oficina del ACNUDH, A/HRC/28/18, de 27 de marzo de 2015.

¹⁹⁰⁰ Ver *supra*: El Derecho penal internacional ante el terrorismo.

¹⁹⁰¹ Lo pone de manifiesto: Eurojust, “Cumulative prosecution of foreign terrorist fighters for core international crimes and terrorism-related offences”, 2020, pág. 16.

¹⁹⁰² Eurojust, “Cumulative prosecution of foreign terrorist fighters for core international crimes and terrorism-related offences”, 2020, págs. 16-24. No menciona ningún caso de España, pues la afluencia de personas retornadas no ha sido significativa en nuestro país.

de Acción Exterior respaldan el uso por parte de los Estados miembros de información obtenida en zonas de combate para identificar, detectar y enjuiciar a combatientes terroristas extranjeros retornados. Además, la Comisión anima a los Estados miembros a que, cuando resulte apropiado, utilicen información obtenida en zonas de combate sobre presuntos terroristas, incluida la recibida de terceros Estados de confianza. La Comisión valora las pruebas obtenidas en zonas de combate como instrumentos cruciales en ocasiones para garantizar que los combatientes terroristas extranjeros sean llevados ante la justicia y para que no evadan el enjuiciamiento debido a que los delitos se cometieron en un lugar en el que resulta complicado acceder a las pruebas¹⁹⁰³.

El FRA, también con ocasión del quinto aniversario de la Directiva, ha constatado que la información obtenida fuera del proceso penal, en particular la proveniente de fuentes de inteligencia, desempeña a menudo un papel clave en el proceso, y su uso es cada vez más común, sobre todo en materia de terrorismo¹⁹⁰⁴. El problema de las pruebas de inteligencia estriba en su carácter secreto, que materializa una merma de los derechos de defensa del acusado y una dilución del modelo acusatorio¹⁹⁰⁵. Por otro lado, el FRA también ha observado que las pruebas para los casos de terrorismo proceden con frecuencia de países no pertenecientes a la UE, y reprocha a algunos órganos judiciales europeos y a otras autoridades que presuman su legalidad y no verifiquen en todas las ocasiones si se han obtenido sin violar los derechos humanos, en particular mediante la práctica de torturas¹⁹⁰⁶.

b) *Las “familias del DAESH” y los nacionales europeos en campamentos sirios de detención*

A todo lo anterior, se añade otra grave cuestión colateral. Muchas de las personas que se trasladaron a Irak y Siria durante los momentos álgidos del Estado Islámico, son, como sabemos, nacionales europeos. Muchas de esas personas murieron en el conflicto armado, pero otras, generalmente mujeres y niños, se encuentran actualmente detenidas en condiciones críticas en Irak y Siria, destacando, por el elevado número de personas que aloja, dos campos del noroeste de Siria, llamados Al-Hol y Roj.

¹⁹⁰³ UE, COM(2021) 701 final “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo basado en el art. 29.2, de la Directiva (UE) 2017/541 (...)”, 18 de noviembre de 2021.

¹⁹⁰⁴ Sobre la utilización de la información de inteligencia en el proceso penal, desde una perspectiva comparada: VERVAELE, en: MORENO CATENA/ARNAIZ SERRANO (Dir.)/MARTÍNEZ SOTO (Coord.), *El Estado de Derecho a prueba*, 2017, págs. 27-62.

¹⁹⁰⁵ También comparten estos reparos: FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en: CUERDA ARNAU/GARCÍA AMADO (Coord.), *Protección jurídica*, 2016, págs. 121-122; ALCOCEBA GIL, en: MORENO CATENA/ARNAIZ SERRANO (Dir.)/MARTÍNEZ SOTO (Coord.), *El Estado de Derecho a prueba*, 2017, págs. 143-146.

¹⁹⁰⁶ FRA, Directive (EU) 2017/541, on combating terrorism, impact on fundamental rights and freedoms, 2021, págs. 8 y 38.

Ha existido y existe una negativa o reticencia de algunos Estados europeos de repatriar a los nacionales de sus Estados que se encuentran en estos campos. Las razones que aducen para justificar esta negativa son logísticas o legales, pero, sobre todo, securitarias, por la presunta amenaza que representa el retorno a Europa de las personas que viajaron a Siria o a Irak con el propósito de unirse al Estado Islámico y sus familiares. Estos recelos, en vulneración manifiesta de sus derechos humanos, se extienden a los niños¹⁹⁰⁷ y a mujeres que fueron obligadas a viajar a los citados países en conflicto.

La situación en la que viven estas personas en los campos de detención, fundamentalmente, en los de Al-Hoj y Roj, ha sido descrita por el CICR como “apocalíptica”. Otros informes de organizaciones no gubernamentales que actúan sobre el terreno han certificado que las personas allí retenidas, en su mayoría niños, viven rodeados de violencia; sufren desnutrición, deshidratación, infecciones respiratorias, heridas de guerra y estrés postraumático; corren el riesgo de sufrir violencia y explotación sexual; viven bajo condiciones climáticas en ocasiones extremas; y están expuestos a tortura y a tratos inhumanos o degradantes¹⁹⁰⁸.

Aunque algunos países europeos han decidido repatriar a sus nacionales de estos campos de detención, sobre todo a los menores de edad, Estados como Francia o España han mostrado una negativa o una demora en la tramitación de estos procesos de repatriación. De hecho, Francia ha sido condenada por el TEDH¹⁹⁰⁹ por la vulneración del art. 3.2 del Protocolo N°4 al CEDH. El citado artículo tiene el siguiente tenor: “2. Nadie puede verse privado del derecho de entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional”. La vulneración del precepto se debe a la falta de motivación y de control independiente de las decisiones del Estado francés de no repatriar a dos nacionales francesas retenidas junto con sus hijos menores de edad en campos de detención del noreste de Siria (Al-Hol y Roj).

¹⁹⁰⁷ De acuerdo con el Informe de la Relatora Especial “Position of the UN Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism on the human rights of adolescents/juveniles being detained in North-East Syria”, de 21 de mayo de 2021, pág. 5, los niños que se encuentran en estos campos (y en otros centros de detención) deben ser considerados, ante todo, como víctimas. Y como tales, tienen derecho a ser protegidas. Sin embargo, las autoridades en el terreno aducen justificaciones muy endeblemente fundadas para mantenerlos bajo custodia. La detención de algunos niños no acompañados o huérfanos se fundamenta en conjeturas de su presunta asociación con el Estado Islámico u otros grupos. La detención de otros se basa en sus vínculos familiares, es decir, en la presunción de la afiliación de sus padres con el terrorismo. Y, por último, otros niños han sido detenidos por “razones de seguridad” o por otros delitos no especificados. Hay que tener presente que la mayoría de los niños que se encuentran en los campos o en los centros de detención fueron llevados a Siria o Irak por sus padres u otros familiares, y no dieron o no pudieron dar un consentimiento libre para ello. Otros, han nacido en Siria o Irak, bien de relaciones matrimoniales en el seno del Estado Islámico (forzadas, o no), o bien a partir de actos de explotación sexual y violaciones durante el conflicto. Por ello, estos niños no pueden cargar con una responsabilidad que no les corresponde, ni ser detenidos y condenados por decisiones que han tomado sus padres u otros adultos.

¹⁹⁰⁸ Rights and Security International, “Europe’s Guantanamo: The indefinite detention of European women and children in North East Syria”, 17 de febrero de 2021.

¹⁹⁰⁹ STEDH 24384/19 y 44234/20, Caso HF y otros contra Francia, de 14 de septiembre de 2022.

Aunque es fundamental adoptar un enfoque de derechos humanos al abordar la cuestión, muchos Estados europeos utilizan criterios poco transparentes para determinar la imposibilidad de la repatriación. Mientras tanto, los ciudadanos de sus Estados, sobre todo menores, siguen malviviendo en los campos de detención y otras prisiones. La Relatora Especial ha señalado reiteradamente que el retorno y la repatriación urgentes de los combatientes extranjeros y sus familias es la única respuesta conforme al Derecho internacional a la situación de derechos humanos, humanitaria y de seguridad, cada vez más compleja y precaria, a la que se enfrentan las personas allí detenidas. Y como es obvio, un proceso de retorno eficaz incluye la exigencia de responsabilidades a las personas por los delitos graves que hubieran podido cometer en Siria e Irak, de acuerdo con las pruebas que puedan obtenerse¹⁹¹⁰.

4. Conclusiones sobre los combatientes terroristas y los delitos relacionados con los viajes con fines terroristas

El *foreign terrorist fighter* constituye una categoría jurídica que se contradice en sus propios términos. Parece que la Resolución 2178 sienta las bases para el nacimiento de un *tertium genus*, que integra aspectos de dos mundos, el del DIH y el del Derecho penal. Uno de los problemas fundamentales que presenta esta categoría, además del de la legitimidad del Consejo de Seguridad para ejercer funciones de legislador internacional, reside en el régimen jurídico de los combatientes terroristas extranjeros, que, por ahora, es inexistente.

Bajo mi punto de vista, se trata de la más clara y actual manifestación de emborronamiento de los conceptos de terrorismo y guerra, incorporada legalmente al acervo internacional y a las legislaciones internas de un elevado número de Estados. De hecho, los flujos de terroristas y los llamados combatientes terroristas extranjeros han sido la piedra angular de todas las reformas penales en Estados europeos a partir de finales de 2014.

El art. 575.3 CP (tanto en su redacción de 2015 como en la actual) recoge conductas muy alejadas de la real puesta en peligro de bienes jurídicos, siendo un ejemplo más del sistemático adelantamiento de las barreras punitivas presente en la política criminal antiterrorista, caracterizada por su extremo prevenciónismo. Las conductas consumadas (el viaje o el establecimiento con fines terroristas) ya son de por sí actos

¹⁹¹⁰ Todos los documentos relacionados con este asunto pueden consultarse en: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-terrorism/return-and-repatriation-foreign-fighters-and-their-families>. (último acceso 19/03/2023).

materialmente preparatorios convertidos en delitos, pero que la tentativa, entendida en ocasiones como la ideación de viaje, sea punible, no es más que una emulación de un crimen de pensamiento de la novela *1984*.

Conviene resaltar que es la única ocasión en la que el legislador español no va más allá de lo dispuesto en las normas europeas sobre delitos de terrorismo.

He demostrado que, por varias razones, el delito del art. 575.3 CP no cubre conductas que de otro modo quedarían impunes. Considero, por tanto, que su existencia es innecesaria, pero es que, además, plantea serios problemas con los derechos fundamentales. Por ello, desde aquí se aboga por su derogación. No obstante, me hago cargo de que es una posición totalmente ilusoria. La obsesión securitaria es tal que incluso dos tribunales en el Derecho comparado han declarado estos delitos de viaje con fines terroristas como acordes a sus respectivas Constituciones, simple y llanamente, acudiendo al argumento de la seguridad. A mayor abundamiento, el Informe sobre la repercusión de la Directiva tras sus cinco años de vigencia refuerza la utilidad de este tipo de delitos preventivos, y anima a los Estados a recabar pruebas de otros Estados o de inteligencia para poder perseguir los delitos cometidos por los combatientes terroristas retornados.

La criminalización de los viajes constituye un delito aprobado en circunstancias muy específicas y para un caso muy concreto: la amenaza que representaban las personas que viajaban a Siria e Irak para unirse al Estado Islámico, y, después, las personas que retornaban de aquellos países a sus Estados de residencia o nacionalidad. Esa situación concreta ya no se está dando como en los años álgidos del Estado Islámico, lo que, además de constatar que las actitudes cortoplacistas y las legislaciones casuísticas no son las opciones legislativas más adecuadas para el Derecho penal, hace muy incierto el futuro de este delito. A todo ello he de añadir, por si fuera poco, las dificultades que surgen para enjuiciar a las personas que sí han estado en Siria e Irak, no ya solo por la cuestión probatoria, sino porque sus actos quizás podrían encuadrarse en delitos internacionales.

Conclusiones generales

Conclusiones a la *Primera Parte*

1. Las actuales tendencias del Derecho penal, enfocadas esencialmente desde el punto de vista de la *seguridad*, la *peligrosidad* y la *eficacia*, olvidan en ocasiones los principios limitadores del *ius puniendi* y los derechos fundamentales como límite de las normas penales y de su aplicación. El ejemplo por antonomasia de estas disfunciones es la regulación antiterrorista.

2. Se ha constatado una “relajación” o incluso una preterición de los principios propios de un Derecho penal acordes con el Estado social y democrático de Derecho. Y no solo en el Derecho penal material, sino también en el procesal penal. Principios como el *in dubio pro reo* y el de presunción de inocencia van dando paso al *in dubio pro víctima* y a una presunción de culpabilidad. El carácter fragmentario del Derecho penal y su catalogación como ultima ratio del sistema se han ido progresivamente diluyendo. Los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes se amplían (o incluso, se crean) y con ello la intervención penal. Se otorga tutela a bienes jurídicos que en realidad representan sentimientos colectivos, que se plasman frecuentemente en delitos de expresión u opinión. Se elevan a la categoría de delitos autónomos conductas que constituyen actos preparatorios o se intensifica la criminalización de estos últimos. Dada la formulación típica de muchos delitos se hace difícil la distinción entre conductas de ejecución y meros actos preparatorios. La observancia del principio del hecho también puede ser puesta en entredicho en algunos tipos penales, abriendo la puerta al Derecho penal de autor. Además de la ampliación cuantitativa del Derecho penal, la formulación de sus normas se vuelve cada vez menos exigente, lo que supone una “relajación” de las prohibiciones que implica el principio de legalidad. En la legislación penal antiterrorista concretamente, el Derecho penal se sobredimensiona para no dejar escapar ninguna conducta, lo que permite dar entrada a la parcela del Derecho penal con más graves consecuencias penológicas, procesales y penitenciarias a situaciones que no deberían ser consideradas terroristas. Desde hace años, además, se aprecia una tendencia a la exasperación penal y a un “redescubrimiento de la

inocuidad”, sobre todo para determinados tipos de delincuencia, entre los que, por supuesto, se encuentra el terrorismo. Ello pone en entredicho los principios de humanidad y de resocialización.

3. En el diagnóstico de la crisis principal del Derecho penal influye sobremanera la cuestión securitaria. El “dogma de la seguridad” ha llevado a un nuevo objetivo del Derecho penal: la garantía de la seguridad a través de la anticipación y la prevención. Se abandona la perspectiva de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y se sustituye por el paradigma del riesgo como criterio determinante de la intervención del Derecho penal, que tiene como objeto minimizar o neutralizar los factores que provocan riesgos. Otra característica fundamental de la cuestión securitaria es que sus acciones no se ciñen al ámbito del Derecho penal, sino que toma elementos del Derecho policial, de inteligencia y de operaciones militares. Estas acciones securitarias conjuntas tienen su ejemplo más claro en el antiterrorismo, sobre todo a raíz de los atentados del 11-S. El problema fundamental que presenta este modo de actuación es que, al ser un sistema mixto (pues contiene también medidas de carácter militar, policial, administrativo y de inteligencia), no cuenta con las garantías que (todavía) presenta el Derecho y el proceso penal. Las continuas reformas penales justificadas en las supuestas demandas sociales de seguridad van erosionando otro tipo de seguridad, la seguridad jurídica. Y ello porque la inflación y urgencia penal suelen ir acompañadas de textos legales técnicamente cuestionables; que presentan dificultades interpretativas y concursales; que se alejan de las categorías dogmáticas asentadas; que olvidan los principios que deben regir el Derecho penal; y que no se adecúan a una política criminal conforme a los derechos fundamentales.

4. En el seno de esta tendencia del Derecho penal cuyo criterio rector es la seguridad, pueden enmarcarse los planteamientos de JAKOBS denominados como Derecho penal del enemigo. Debe partirse de su ilegitimidad como sistema por negar la igualdad, la dignidad de las personas y la idea misma de derechos humanos, y, además, por representar una visión autoritaria al diferenciar dentro de un Estado de Derecho dos Derechos penales. Sin lugar a duda, el *enemigo* por excelencia de nuestra época es el *terrorista*, aunque la infiltración de esta teoría en la realidad legislativa no se circunscribe únicamente a este ámbito delictivo. Y aunque JAKOBS plantee la legitimidad de su doctrina como un Derecho acotado para determinados supuestos, la experiencia histórica demuestra cómo el Derecho de excepción acaba convirtiéndose en Derecho ordinario.

Precisamente, es en el contexto del terrorismo donde algunas de las notas definitorias de esta teoría se perciben con mayor nitidez.

5. Los Estados tienen la obligación de proteger los derechos fundamentales de forma positiva, garantizándolos efectivamente y promoviendo su ejercicio. Una forma de protegerlos viene de la mano de la utilización del *ius puniendi*, cuyas posibilidades en este particular están experimentando una expansión. Por ello, se dice que existe un cambio en la tradicional concepción según la cual, la relación de los derechos fundamentales y el Derecho penal se basaba en que los primeros servían de límite al segundo. Cada vez se potencia más la función del Derecho penal como herramienta de protección de los derechos, y se desarrolla la idea de que la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos incluiría un deber de protegerlos por medio del Derecho penal: ya sea de forma preventiva, mediante la criminalización de conductas o mediante el ejercicio del *ius puniendi* contra el autor como objeto de un derecho de la víctima del delito. Se trata de una perspectiva conformada desde la vulneración por el Estado de derechos de la víctima del delito, y no desde las vulneraciones de garantías del reo, como es (o era) lo habitual en la tarea de control del *ius puniendi* estatal ejercida a nivel constitucional/internacional. La actual búsqueda de la seguridad intensifica sin género de dudas esta transformación.

6. La doctrina aprecia un paso más en esta evolución, que transita hacia la admisión de un deber más genérico de protección de la sociedad que gira en torno al concepto seguridad, el cual no cuenta con una pacífica naturaleza jurídica. De hecho, alguna doctrina va más allá y defiende la configuración de un derecho fundamental de este contenido, sobre todo a partir del 11-S. Se configura como un derecho que implicaría la responsabilidad de los poderes públicos en la anticipación de las amenazas, de los riesgos, cualquiera que sea su naturaleza. La mayoría de la doctrina, entre la que me incluyo, se pronuncia en contra, y, concretamente en el ámbito penal, se sostiene la inexistencia de un derecho a la seguridad como derecho subjetivo a exigir del Estado la protección de sus intereses mediante el Derecho penal. Más bien, lo que se defiende es la seguridad en los derechos. Si se admitiera un derecho de tal carácter, la seguridad se convertiría en un fin en sí mismo en lugar de en un medio para facilitar la realización de la libertad; y sería, entonces, independiente de la obligación del Estado de respetar y proteger los derechos humanos.

Conclusiones a la *Segunda Parte*

7. El terrorismo carece de una definición consensuada en las ciencias sociales. Es un término del que se ha abusado y al que se ha cargado de connotaciones negativas, lo que no ha ocurrido con otros fenómenos violentos igualmente graves. Los distintos actores políticos hacen su propia valoración política y jurídica de las distintas violencias políticas y del terrorismo, dependiendo de los intereses dominantes en ese tiempo y territorio, alentados por la fuerte carga emotiva e ideológica del término. El terrorismo como etiqueta es aplicado a menudo por los actores políticos para calificar a la violencia ejercida por grupos o individuos que son percibidos como sus enemigos u opositores, aplicándose a algunos tipos de violencia y no a otros.

8. La ausencia de una definición empírica de terrorismo hace difícil su conceptualización jurídica. Los requisitos exigibles a una definición de terrorismo varían según los distintos campos que emprendan la tarea definitoria. El Derecho tiene que afrontar retos a los que no están necesariamente expuestos otros campos del conocimiento, ya que no implica solo un ejercicio descriptivo, sino predominantemente prescriptivo. Mucho más, si estamos ante conductas delictivas, que exigen en su tipificación requerimientos específicos del Derecho penal.

9. Las dificultades mencionadas en el punto anterior no han impedido que se desarrolle una hiperregulación en la materia antiterrorista, careciendo de consenso en su definición jurídica. Una definición contribuiría a evitar, al menos, algunas de las problemáticas que envuelven el fenómeno: disminuirían las violaciones de derechos humanos que se dan en el contexto de la persecución del terrorismo y se desentrañaría de una vez por todas cuál es el Derecho aplicable y las políticas más adecuadas para prevenirlo (tanto penales como extrapenales).

Capítulo I. El terrorismo y el Derecho internacional público

10. El Derecho internacional contemporáneo ya no ostenta únicamente la función clásica de regular las relaciones entre Estados. Aunque el *ius puniendi* sigue siendo un importante aspecto de la soberanía de los Estados, cada vez cobran más importancia los mandatos internacionales de homogeneización penal en algunas materias, entre las que se encuentra el terrorismo. Así pues, tienen un especial impacto en nuestro Derecho penal interno las Resoluciones del Consejo de Seguridad, los tratados

internacionales de los que España es parte, las normas de la UE, las normas del Consejo de Europa y las Sentencias del TEDH.

11. El terrorismo es, según el Consejo de Seguridad de la ONU, una grave amenaza para la paz y seguridad internacionales. A pesar de que se trata de un órgano ejecutivo y, además, restringido, ha venido realizando funciones legislativas en materia de terrorismo (que no le corresponden), elaborando definiciones e imponiendo en sus resoluciones obligaciones que derivan en la elaboración de normas estatales. Dada esta evolución funcional del Consejo de Seguridad, especialmente evidente en materia de terrorismo, y teniendo en cuenta sus amplios poderes en materia de seguridad colectiva, la necesidad de una definición internacional se vuelve acuciante, pues debe saberse a qué y a quién se aplican estas medidas. Precisamente, esta falta de régimen jurídico claro aplicable al terrorismo ha generado situaciones de violaciones de derechos humanos y del Derecho internacional en el contexto de la “Guerra contra el terrorismo”.

12. La Asamblea General, por su parte, ha realizado un importante trabajo en materia de regulación internacional del terrorismo. Ha abordado la materia a través de resoluciones y de convenios sectoriales. Cabe destacar la diferente aproximación frente al terrorismo que asumen el Consejo de Seguridad y la Asamblea General. El primero se centra más en cuestiones militares y sancionatorias (aunque en los últimos años, también impone a los Estados la tipificación de conductas delictivas). La Asamblea General, sin embargo, tiende desde el principio al tratamiento del terrorismo como un fenómeno criminal, impulsando medidas relativas a la cooperación policial y judicial entre los Estados, y mostrándose más preocupada por el respeto de los derechos humanos.

13. A pesar de los numerosos instrumentos internacionales sobre terrorismo, no se ha llegado a la adopción de un tratado internacional omnicompreensivo que contenga una definición internacionalmente consensuada. Este tratado se está negociando, y, aunque la definición es un punto más o menos aceptado por los Estados, no se llega a un acuerdo en relación con el ámbito de aplicación del instrumento y sus excepciones. Aun así, a mi juicio la última versión de la definición que ofrece el Proyecto de Convenio general contra el terrorismo internacional es insuficiente por su amplitud, aunque entiendo que ello es inevitable si se quiere conseguir un consenso entre Estados con miradas muy dispares. Cabe augurar, no obstante, que con una definición de esas características la situación fáctica para con el terrorismo no cambiará demasiado, pues dada la amplitud de la definición, los Estados no tendrán dificultades en seguir

designando como terroristas todo tipo de violencias, y, esta vez, con el apoyo que supone “una definición comúnmente aceptada”.

14. En relación con el Derecho penal internacional, el terrorismo se considera como un *treaty-based crime*, por lo que las disposiciones de los tratados internacionales sobre terrorismo no hacen surgir responsabilidad penal internacional, sino que se centran en la coordinación o armonización de las regulaciones domésticas de los delitos de terrorismo. A pesar de lo anterior, la cuestión del terrorismo como crimen internacional no se encuentra exenta de polémica. En mi opinión, aunque los ataques terroristas han sido calificados como graves amenazas para la paz y seguridad internacionales, el terrorismo no cumple los requerimientos necesarios para ser calificado como un crimen contra el Derecho internacional, y, en consecuencia, para ser incluido en la competencia de la CPI. La razón de ser del Derecho penal internacional radica en la importancia que estos crímenes tienen para la sociedad mundial en su conjunto, y, por otro lado, por la general impunidad que estos actos han presentado a lo largo de la historia reciente, a pesar de su extrema gravedad. Para la violencia terrorista no existe generalmente una falta de persecución por parte de las autoridades estatales ni una impunidad de esas conductas. Muy al contrario, cada vez son subsumidas más y más conductas en el término de terrorismo. Por otro lado, atendiendo al caso concreto y teniendo en cuenta el contexto de su perpetración, ciertos actos violentos muy graves considerados como terroristas, podrían calificarse también como crímenes de lesa humanidad; o, si se dieran en el contexto de un conflicto armado, como crímenes de guerra.

15. En el marco de la UE, la Directiva 2017/541 vigente, aprobada como consecuencia de los atentados sucedidos en 2015 en Europa y sin evaluación de impacto y con carácter urgente, hace hincapié en la evolución de las amenazas terroristas y en la necesidad de una nueva norma comunitaria que abarque de forma más exhaustiva determinadas conductas. A mi juicio, la Directiva tiene su justificación primordial en la amenaza que presentan los combatientes terroristas extranjeros y los viajes con fines terroristas.

16. La definición europea que contiene la Directiva presenta un amplio listado de delitos comunes (tipificados en las legislaciones de los Estados miembros), que, realizados con unas determinadas finalidades, se elevarán a la categoría de terroristas. Es cierto que las finalidades son indeterminadas y algunas de ellas carecen de conexión con la dimensión política del terrorismo. Pero la definición de la UE añade un importante

extremo, exige que “los actos, por su naturaleza o contexto, puedan perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional”. A pesar de las críticas que pueden realizarse a la definición, cabe destacar de ella que es más restrictiva que la española. Al menos, añade el requisito de la potencialidad para perjudicar gravemente a un Estado o una organización internacional; un listado de delitos más acotado y que se corresponde con las conductas graves y violentas de las que usualmente los terroristas se sirven, que hace referencia de forma reiterada a la puesta en peligro de vidas humanas.

Capítulo II. El terrorismo y el Derecho penal: ¿Debe ser el terrorismo una categoría delictiva diferenciada? ¿qué elemento(s) determinaría(n) su mayor lesividad? Las principales visiones doctrinales y toma de posición

17. Al descender al plano del Derecho penal, la catalogación del terrorismo como un delito exige la delimitación real de sus fronteras, identificando los núcleos de lesividad específica que hacen distinta la conducta violenta terrorista de otras conductas violentas. En este sentido, existen posturas minoritarias que no encuentran ese plus lesivo de los delitos de terrorismo y se decantan por el castigo de esas conductas violentas mediante su subsunción en otros tipos penales, como los de homicidio, asesinato, crímenes de lesa humanidad, estragos, detenciones ilegales, etc. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, no obstante, entienden los delitos de terrorismo como delitos pluriofensivos, que tutelan bienes jurídicos en una doble dirección: primero, protegen los bienes jurídicos de los delitos particulares (vida, integridad física, libertad, etc.); y, segundo, salvaguardan otro u otros bienes jurídicos cuya identificación no es pacífica. En general, se da por hecho que los delitos de terrorismo deben existir, y, sin embargo, ello dependerá en buena medida, entre otras cosas, de que se pueda identificar y justificar un núcleo de lesividad diferenciable. La doctrina mayoritaria española identifica fundamentalmente tres elementos para la configuración del concepto jurídico-penal de terrorismo: la utilización de la violencia o la intimidación masiva; por una organización o grupo terrorista (aunque cada vez más defienden la posibilidad del terrorismo autónomo); con una finalidad ulterior colectiva política de cambio del orden establecido o de atemorización de una población o parte de ella; haciendo descansar en ellos (o en alguno de ellos) el fundamento de la mayor lesividad de los delitos de terrorismo.

18. Las afirmaciones que exponen que el terrorismo supone un ataque al sistema político en su conjunto, en mi opinión, son amplias y podrían resultar desmedidas.

Con ellas, no puede identificarse correctamente un núcleo de lesividad. Parece que, aunque se cometan atentados especialmente graves, es difícil concebir cómo eso puede poner en jaque al Estado democrático. Para que determinados actos de violencia pongan en jaque real al Estado democrático creo que estaríamos a las puertas o dentro de una situación de conflicto armado, que se rige por otro Derecho. No obstante, sí que creo que la caracterización jurídica del terrorismo debe incorporar de algún modo su significación política, pues utiliza la violencia como vía para el cambio, en lugar de los cauces que ofrece el sistema democrático. Ahora bien, lo anterior no puede formularse como un elemento teleológico de significación política, pues no parece por sí mismo un factor de lesividad que fundamente la existencia de delitos específicos de terrorismo (como, de hecho, ocurre en la legislación española vigente). Además, con su configuración como elemento subjetivo se corre el peligroso riesgo de catalogar como terrorista al opositor político o al disidente. La finalidad política sí resulta crucial como elemento diferenciador del terrorismo de otras conductas delictivas y en términos criminológicos, pero no puede ser por sí misma un factor de lesividad. Por ello, creo que la utilización de la violencia como vía para el cambio en vez de los cauces que ofrece el sistema democrático debe poder objetivarse, debe poder constatarse la afectación a la estabilidad del orden democrático.

19. Por otro lado, entiendo que el terrorismo funciona como una estrategia amenazante que intenta condicionar al poder político democrático a través de la violencia. Existirá terrorismo, si además de la afectación a la estabilidad del orden democrático político, determinadas acciones violentas son aptas para crear una situación de intimidación en otras personas ajenas a las directamente afectadas en sus bienes jurídicos individuales (vida, libertad, integridad física, etc.). No obstante, la intención con la que se amenaza no es lo más relevante, sino la idoneidad atemorizadora o intimidadora de dicha amenaza. Se debería exigir una gravedad específica para conseguir atemorizar o intimidar a esas personas, lo que deberá entenderse como verosimilitud de la efectiva realización del mal con el que se amenaza, que quiebre la voluntad del amenazado. Entiendo que estas amenazas colectivas tienen su razón de ser en la amenaza que pueden sufrir un grupo de personas por su condición de pertenecientes a tal grupo (determinable). No creo que pueda ser un factor determinante de la mayor lesividad del terrorismo la consideración de la causación de terror si esta se entiende dirigida a sectores amplios o indeterminados de personas (“la ciudadanía”, “la sociedad”, “la población o parte de

ella”). En mi opinión, si la amenaza viene de una organización o grupo no estatal, cuanto más amplio sea el grupo al que se dirige, más se disipa la idoneidad de esa amenaza. Creo que, al igual que las amenazas colectivas se refieren a un grupo determinable de personas, la estrategia amenazante del terrorismo a través de la violencia, para tomarse como un factor que añade lesividad, debe de ir dirigida también a un grupo más o menos homogéneo de personas. Eso sí, no considero que deba ser necesariamente un grupo vulnerable de personas.

20. Las acciones violentas, para tener los efectos recién descritos, deberían ser graves, reiteradas, sistemáticas, con visos de repetición y presentar una entidad suficiente. Ello me lleva a concluir que unas acciones de tal entidad solo pueden ser perpetradas por una organización. No comparto, por tanto, las consideraciones doctrinales que admiten el terrorismo individual o autónomo.

21. Entonces, las acciones terroristas, para ser consideradas como tales desde la perspectiva jurídico-penal, deberán encarnar conductas graves y violentas realizadas por una organización para condicionar al poder público democrático afectando a la estabilidad del orden democrático, con actuaciones con la entidad suficiente para intimidar a grupos determinables de personas no afectadas de forma directa por los actos violentos. Me hago cargo de que muchas conductas que hoy se consideran terrorismo no cabrían dentro de la caracterización que yo he esbozado.

Capítulo III. El terrorismo, los derechos fundamentales y un Derecho de excepción normalizado

22. Los elementos descritos identifican el terrorismo como una categoría delictiva diferenciada. Ello podría justificar penas más altas en algunos supuestos por su mayor gravedad, pero no el arsenal de medidas propias de un Derecho de excepción vigentes en España. Y es que las especialidades del terrorismo no solo se concentran en el Derecho penal sustantivo, sino que se extienden a los ámbitos procesal y penitenciario. El Derecho antiterrorista es el ejemplo por antonomasia de trato diferenciado, lo que tiene apoyos incluso en la fuente constitucional (art. 55.2 CE). Como es obvio, la gravedad y el significado social de las conductas delictivas, en general, no impide establecer penas o políticas diferentes, pero en este caso, no todas las diferenciaciones han sido, ni mucho menos, fundamentadas razonablemente, afectando no solo al principio de igualdad, sino a otros muchos derechos fundamentales.

23. El art. 55.2 CE, a pesar de que debería circunscribirse a la suspensión de tres derechos (libertad, al permitir la prórroga de la detención; y al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio) en determinadas investigaciones por razón de terrorismo y mantenerse en este ámbito, ha tenido y tiene en la actualidad muchas más implicaciones de las que se desprenden de su redacción. De hecho, este precepto tan singular supone, en mi opinión, la constitucionalización de una situación excepcional o de emergencia terrorista, que sirve de muy buen anclaje a todo el entramado legislativo antiterrorista español y sus especialidades.

24. Las primeras normas de desarrollo del art. 55.2 CE, aunque eran criticables en muchos aspectos, se habían aprobado como legislaciones especiales que obedecían a una situación específica, y algunas fijaban incluso un plazo de vigencia. A partir de 1988, el desarrollo de la suspensión individual de derechos pasa a integrarse en la LECrim, lo que supone una normalización definitiva de la situación de emergencia únicamente para casos de terrorismo. La legislación antiterrorista es paradójica, pues, por un lado, intenta dar una apariencia de normalidad por integrarse en los Códigos ordinarios, pero, por otro, integra en su contenido un sinnúmero de especificidades.

25. Las “garantías” que el propio precepto constitucional prevé para la utilización de la suspensión (el adecuado control parlamentario, la necesaria intervención judicial y la responsabilidad penal derivada del uso abusivo o injustificado de la suspensión) tampoco han sido escrupulosamente respetadas, ni por el legislador, ni en cuanto a la depuración de responsabilidades por su utilización abusiva.

26. Aunque la sucesión de normas de desarrollo del art. 55.2 CE ha ido reduciendo los plazos de prórroga de la detención, la vigente permite una ampliación de los plazos máximos de detención de hasta cinco días (setenta y dos horas que fija la CE más cuarenta y ocho horas de prórroga), lo que, teniendo en cuenta los principios y finalidades de la detención, puede considerarse como un plazo igualmente excesivo en la actualidad.

27. Junto con la prórroga de la detención, el acervo antiterrorista español dispone la posibilidad de decretar la detención (y prisión) incomunicada para las personas implicadas en delitos de terrorismo (para mayores y menores de edad). La regulación del régimen de incomunicación en la LECrim es dispersa y poco clara, a pesar de tratarse de una medida limitadora de derechos fundamentales. La reforma procesal operada por la LO 13/2015 modificó el régimen de incomunicación general, lo que ha mitigado en

algunos aspectos el régimen excepcional de incomunicación para los supuestos de terrorismo. Se ha reducido su duración de trece días a diez. Aun así, en mi opinión, sigue siendo un plazo demasiado dilatado, y la legislación no deja claro si se podrán acordar posteriores incomunicaciones si se dan los presupuestos para ello. Por otro lado, ahora, incluso en casos de terrorismo, la incomunicación tendrá que basarse en alguno de los motivos tasados que recoge el art. 509.1 LECrim, y no se producirá una limitación automática de todos los derechos a los que alcanza la incomunicación, sino solo de aquellos que las circunstancias motiven (esto constituía un requisito de la doctrina del TEDH, que España no respetó durante décadas).

28. El detenido o preso incomunicado puede ser privado del derecho a designar un abogado de su confianza; a entrevistarse reservadamente con su abogado; y a acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención. Todos estos derechos procesales afectan al derecho de defensa de los arts. 17.3 y 24.2 CE. El abogado no es un mero observador que únicamente vela por la legalidad de la detención, pues, a pesar de la doctrina del TC, eso no es lo que se desprende del art. 17.3 CE, que debería implicar también una defensa proactiva del detenido o preso desde los primeros momentos y sobre todo en la primera declaración policial y judicial. Lo que ha latido siempre detrás de la prohibición a designar abogado es la hipótesis de que el abogado que elige el terrorista es un “abogado sospechoso”. La presunción de la falta de deontología del abogado de elección (o incluso de que su actuación es delictiva), así como su comunión ideológica con la persona incomunicada supone a mi juicio una injerencia inadmisibles del Derecho procesal penal. Con la reforma de 2015 se excluye para la persona incomunicada o para su abogado el derecho de acceso a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención. Esta medida podría resultar inconstitucional y contraria a instrumentos internacionales, pues afecta al derecho de defensa del detenido mientras dura la incomunicación, situando su estatus jurídico como objeto de investigación y no como sujeto de derechos. Esta previsión refuerza la idea de que el abogado en el momento de la detención no tiene más funciones que la de vigilar la legalidad de esta, pues se le impide realizar cualquier maniobra de defensa. Por otro lado, la LECrim sigue excluyendo para la persona incomunicada la entrevista reservada con su abogado de oficio, a pesar de las críticas de organizaciones internacionales y de la doctrina. El TEDH mantiene que este derecho solo podrá excepcionarse en casos excepcionales y a condición

de que existan garantías adecuadas y suficientes contra los abusos, y ha condenado a España por su falta de observancia a esos requerimientos.

29. Además de los citados derechos relacionados con el derecho de defensa, la persona incomunicada no podrá comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo (salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense). Antes de 2015, se excluía también la puesta en conocimiento de la detención y lugar de custodia a los allegados de la persona incomunicada. Esta situación instituía una suerte de detención secreta prohibida por el Derecho internacional; podía hacer sufrir graves preocupaciones a las familias y allegados; implicaba una presunción de confabulación entre incomunicado y allegado; y vulneraba las disposiciones de la Convención sobre las desapariciones forzadas de la que España es parte. Afortunadamente, a partir de 2015, la familia o personas allegadas serán informadas por las autoridades de la detención y del paradero del incomunicado.

30. Además de los derechos afectados *ex lege* por la incomunicación, su utilización puede entrañar la vulneración de otros derechos, como la realidad ha demostrado. Las alegaciones de vulneración de derechos se centran, principalmente, en la transgresión de la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes y en el derecho a no declarar contra uno mismo. Desde muchos frentes se han puesto de relieve los peligros que entraña la prolongación de la detención y la incomunicación en tanto instrumentos posibilitadores de la práctica de la tortura, y se ha exhortado reiteradamente a España desde organismos internacionales para que elimine este régimen jurídico. Han sido numerosas las denuncias de torturas interpuestas por parte de personas detenidas bajo régimen de incomunicación, dando lugar algunas de ellas a pronunciamientos condenatorios a España por parte del CAT, del Comité de Derechos Humanos de la ONU, y, sobre todo, por parte del TEDH. Estas vulneraciones de derechos fundamentales, junto con las condenas a España, han restado legitimidad a la legislación y a la actuación antiterrorista española. Aunque es cierto que se han intentado introducir algunas salvaguardas para los derechos fundamentales de las personas incomunicadas en los últimos años y que se trata de una figura poco aplicada en la actualidad, el legislador español se resiste a abolir esta figura (que cabe aplicar incluso a menores).

31. El art. 18.2 CE reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio salvo en caso de flagrante delito o de resolución judicial. De acuerdo con el art. 553 LECrim, los agentes de policía podrán proceder *de propria autoridad* a la inmediata detención de

las personas en *casos de excepcional o urgente necesidad*, cuando se trate de presuntos responsables de delitos de terrorismo, sea cual sea el lugar donde se oculten, así como a su registro y ocupación de los efectos e instrumentos que pudieran guardar relación con el delito perseguido. De todo ello, deberá darse cuenta inmediata al juez. El art. 55.2 CE permite la suspensión de la inviolabilidad del domicilio, pero, a su vez, exige una intervención judicial como una de sus garantías, por lo que parecería que la suspensión queda vacía de contenido en tanto que el art. 18.2 impone ya como límite la existencia de una resolución judicial. Este problema fue tratado por el TC, y, para compatibilizar la efectividad de la suspensión del derecho y la necesaria intervención judicial, declaró que “solo *de forma excepcional, en supuestos absolutamente imprescindibles* y en los que las *circunstancias del caso no permitan la oportuna adopción previa de medidas por la autoridad judicial*, por tener que procederse a la inmediata detención de un presunto terrorista”, es cuando podrá operar la excepción a la necesidad de previa intervención judicial. Estos requisitos fijados por el TC, sin embargo, no han sido plasmados con tantas cautelas en nuestra legislación vigente.

32. A pesar de que la excepcional o urgente necesidad desplace la intervención judicial, no es un elemento suficiente para descartar la concurrencia del resto de garantías del derecho a la inviolabilidad del domicilio. El principio *favor libertatis* y la necesidad de interpretar restrictivamente las normas penales y las limitadoras de derechos, deben llevar a interpretar que este precepto únicamente altera el sistema de competencias establecido en la LECrim, de modo que la policía puede realizar las mismas actuaciones que en el régimen ordinario y no actuaciones diferentes, aunque obviamente puede hacerlo de propia autoridad y no mediante un auto motivado del órgano judicial.

33. Cabe preguntarse si en los momentos actuales es necesaria la vigencia de esta suspensión. Por un lado, es difícil concretar, a mi juicio, aquellos supuestos que no constituyan casos de flagrancia delictiva o de persecución y ocultamiento en casa, pero sí constituyan supuestos de excepcional o urgente necesidad. Dado el estado actual de la tecnología es posible obtener un auto del órgano judicial en poco tiempo, por lo que la alegada pérdida de eficacia de la investigación si no interviene la policía directamente no puede continuar siendo una verdad incontestada. Como ya he argumentado, en el momento de promulgación y posterior aplicación de esta suspensión pudo tener una justificación más o menos adecuada, o, al menos, circunscrita a la excepcionalidad de la situación convulsa que experimentaba España en aquellos años. En el momento actual, ni

las acciones terroristas ni las investigaciones (que cuentan con métodos mucho más avanzados) son situaciones equiparables a las de aquellos años. Por todo ello, considero que la excepción del art. 18.2 CE en casos de terrorismo no encuentra en los momentos actuales justificación suficiente.

34. El art. 55.2 CE permite también la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), que únicamente puede ser limitado mediante resolución judicial. El desarrollo de esta previsión en la LECrim se realiza en los arts. 579.3 y 588 ter d) 3 (modificado el primero e introducido el segundo en 2015). Estos artículos contemplan, para las investigaciones sobre delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, *en caso de urgencia* y cuando existan razones fundadas que lo hagan imprescindible, la observación o detención de las comunicaciones, ordenada por el ejecutivo. La intervención judicial se produce *a posteriori*, y ello ha sido declarado conforme a la CE por el TC. En mi opinión, a la urgencia que expresamente requiere el precepto, habría que añadir la nota de excepcionalidad propia de la institución jurídica de la suspensión y el estudio de la proporcionalidad propia de todas las injerencias en derechos fundamentales.

35. A partir de 2015, los tipos penales que recogen los delitos de terrorismo otorgan especial importancia al uso de los nuevos sistemas de comunicación y a la tecnología. Además, en un doble sentido, pues no solo se hace referencia a ellos en la preparación y en el concierto para la comisión de delitos de terrorismo, sino que el CP ha incluido delitos que son cometidos con la simple utilización de esas tecnologías de la comunicación de forma individual. Es obvio, entonces, que las autoridades estatales deberán utilizar la limitación o directamente la suspensión del secreto de las comunicaciones cuando se trata de la investigación de este tipo de delitos. De hecho, dada la importancia actual del espacio virtual y de las comunicaciones en la comisión de delitos de terrorismo, alguna doctrina destaca la suspensión del art. 18.3 CE como la que más puede contribuir a la investigación eficaz contra el terrorismo de nuestro tiempo, pues su investigación difícilmente puede llevarse a cabo con éxito si no se dispone de amplios poderes de intervención en el mundo digital. Aunque cabe reconocer que las comunicaciones y la limitación de su secreto juegan un papel crucial en el contexto de las investigaciones por delitos de terrorismo, sobre todo actualmente, también es cierto que el uso de la institución de la suspensión en estos supuestos debería ser cada vez más

residual y no potenciarse, pues actualmente parece que, con los avances tecnológicos, una autorización judicial puede conseguirse de forma muy rápida o inmediata.

36. La legislación antiterrorista en relación con la suspensión de derechos fundamentales se ha expandido a lo largo de los años en dos sentidos. En primer lugar, porque la suspensión a la que habilita el art. 55.2 CE se ha cristalizado en la legislación ordinaria. Y, en segundo lugar, porque a pesar de la taxatividad del art. 55.2 CE en cuanto a los derechos a suspender, en este trabajo se ha demostrado cómo existen otros derechos afectados o materialmente suspendidos no incluidos en el art. 55.2 CE.

37. Alguna doctrina considera que el art. 55.2 CE constituye un importante instrumento para la lucha contra el terrorismo e incluso abogan por su ampliación a la suspensión de otros derechos. Mi opinión es la contraria. Desde aquí se aboga por la eliminación de la legislación procesal penal suspensiva de derechos fundamentales en materia de terrorismo, pues carece de justificación en los tiempos actuales y desvirtúa la naturaleza de las instituciones suspensivas de derechos, que exigen, entre otras, la nota de la excepcionalidad. La evaluación de la amenaza, en este sentido, es muy relevante.

38. Otra de las especialidades procesales más importantes en materia antiterrorista es la competencia de la AN para conocer de los delitos de terrorismo. Se han aducido numerosos argumentos para justificar esta competencia, así como numerosos para descartarla. El TC la justificó poniendo el foco en la finalidad de los delitos de terrorismo, “encaminada a perturbar el orden constitucional” y en que no se trata de un Tribunal excepcional; otros la fundamentan en consideraciones subjetivas del sujeto; y, por último, otras justificaciones aducen argumentos políticos. Creo que estos últimos eran los únicos que en cierto momento pudieron justificar esta competencia. Durante años se ha recalado que lo más adecuado era sustraer los delitos de terrorismo del juez natural por los riesgos que podría entrañar su conocimiento por el órgano judicial del lugar del delito. Puedo comprender los citados recelos en el contexto coyuntural que se vivía en los años de la Transición y posteriores, en los que la actividad violenta era intensa y se vivía una situación ciertamente hostil en el País Vasco. La realidad actual, afortunadamente, no es comparable. El terrorismo de corte yihadista, que es el que las autoridades consideran “activo” en estos momentos, no ha estado concentrado en un lugar del territorio que haga más deseable su conocimiento centralizado. A pesar de la vocación de transitoriedad de la competencia (se contiene en una disposición transitoria) y de la desaparición de ETA (principal razón de su institución), la competencia para conocer de

los delitos de terrorismo no ha sufrido cambios. El fin de ETA pudo ser una buena oportunidad para un trasvase de competencias, que fue desaprovechada. Algún sector entiende que el terrorismo yihadista justifica el mantenimiento de la competencia de la AN, si bien esa no es la opinión mayoritaria, entre la que me incluyo, que defiende el trasvase de la competencia para conocer de los delitos de terrorismo al juez natural.

39. La concreta redacción de la asignación de la competencia para conocer de los delitos de terrorismo a la AN, además de insertarse en una remota disposición transitoria, es desafortunada. La norma no hace una remisión a la ubicación en el CP donde se encuentran los delitos de terrorismo, que sería lo adecuado, sino que utiliza un criterio de carácter subjetivo. Ello plantea problemas con la inclusión en su competencia de determinados delitos relacionados con el terrorismo, como los delitos de enaltecimiento del terrorismo o los de colaboración. La indeterminación de la designación de la competencia, sumada a la amplitud e indeterminación de las redacciones actuales de los tipos de terrorismo del CP, ha propiciado que se hayan sometido a su jurisdicción casos con indicios débiles para ello, que someten a las personas encausadas a suspensiones de derechos y a la carga y estigmatización añadida que supone ser llevado ante la AN. Se ha criticado también del Tribunal central su incompatibilidad con el principio de inmediación judicial y por su afectación al derecho fundamental al recurso de *habeas corpus*. En este sentido, la AN ha supuesto, sobre todo en el paso, no solo la retracción del resto de la judicatura, sino también la retracción del propio poder judicial como tal, en beneficio del gubernativo y el policial. Todo ello, por supuesto, coadyuvado por las suspensiones de derechos, que precisamente suponen, entre otras cuestiones, la intervención de la autoridad gubernativa en detrimento de la judicial, en muchas ocasiones, sin una motivación suficiente y sin un control adecuado. Estas han derivado en ocasiones en vulneraciones graves de derechos fundamentales. Además, son apreciables numerosas condenas basadas exclusivamente en la admisión de hechos por el acusado durante la detención policial, ulteriormente rectificadas ante el juez de instrucción, o bien basadas en las manifestaciones de un coimputado; la ausencia de corroboración del contenido de informes policiales utilizados como prueba de cargo; y actitudes colectivas de sus miembros que pueden afectar a su imparcialidad.

Capítulo IV. El Derecho penal sustantivo antiterrorista (I). Los delitos de terrorismo y sus implicaciones en materia de derechos fundamentales y de principios rectores del Derecho penal

40. Con las variadas consideraciones doctrinales y conceptuales realizadas sobre el “orden público”, la “paz pública”, y la “seguridad” como bienes jurídicos protegidos por los delitos de terrorismo, unidas a los elementos típicos de los delitos de terrorismo del art. 573 CP (que designan como tales desde el asesinato hasta la falsedad documental si se realizan con alguna de las cuatro amplias finalidades reseñadas), cabe concluir que cualquiera de ellos podría ser fácilmente argumentado como bien jurídico tutelado por los delitos de terrorismo, dada la ambigüedad y vaguedad de todos ellos. Por esta razón, creo que ninguno de ellos llega a suponer una justificación adecuada en términos de bien jurídico protegido.

41. Entiendo que la búsqueda de un bien jurídico común protegido (sin caer en conceptos ambiguos, vagos o vacíos de contenido lesivo real, que vulnerarían principios del *ius puniendi*) no solo no puede pretenderse de todo el Título XXII, sino que dicha búsqueda ni siquiera puede pretenderse del conjunto de los delitos de terrorismo en sentido amplio (los incluidos en el Capítulo VII, arts. 571 a 580 bis). La legislación antiterrorista ha atravesado una tan notable ampliación desde la instauración del actual Estado constitucional que prevé conductas tan dispares y alejadas de la real puesta en peligro de bienes jurídicos que no pueden tenerse como un todo a la hora de identificar un bien jurídico, careciendo incluso del mismo algunas de ellas.

42. En cuanto a los elementos típicos de los delitos de terrorismo del art. 573 CP, encuentro dificultades en su formulación únicamente a través de elementos subjetivos como hace la legislación española. Los elementos subjetivos son difíciles de probar en ocasiones (si no queremos incurrir en vulneraciones del principio del hecho) y más fácilmente reconducibles hacia aspectos relacionados con sujeto y hacia la asignación de etiquetas indeseables para el Derecho penal. Una solución de *lege ferenda* pasaría por la objetivación de los elementos del terrorismo. Por un lado, debería exigirse una afectación real de la estabilidad estatal derivada de las acciones violentas, o, al menos, acciones que fueran aptas para conseguirlo, como exige la Directiva europea. En cuanto a la alteración de la paz pública y la causación de un estado de terror en la población o en parte de ella, creo que la solución, también pasaría, en este supuesto, por una transformación de estas finalidades. Quizás, con una exigencia de intimidación grave de grupos de personas más

o menos determinables, que no sean los directamente afectados por los delitos violentos. La utilización del término intimidación, además, es más adecuada, en el sentido de que se encuentra en más lugares del CP, en la Directiva europea y es un término interpretado jurisprudencialmente. Por otro lado, la lista actual de delitos descritos en la definición debería reducirse de forma significativa. Cabría mantener los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, los delitos contra la seguridad colectiva, o algunos delitos contra la Constitución. Por otro lado, unas actividades violentas de tal calibre, con visos de reiteración y sistematicidad, solo pueden ser llevadas a cabo por organizaciones o grupos, por lo que el elemento estructural debería reincorporarse a la configuración del delito de terrorismo.

43. Si se dieran los requisitos enunciados, cabría una agravación de la pena para los citados delitos, pues dada su mayor gravedad esta quedaría justificada. No cabría la aplicación de la pena de prisión permanente revisable, que a mi juicio es inconstitucional.

44. Estas propuestas de *lege ferenda* se alejan totalmente de la realidad político-criminal española en materia de terrorismo. Por ello, el único camino de *lege lata* es la interpretación restrictiva de las finalidades, que, al menos, deberían ser de carácter cumulativo para reunir los elementos que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia entienden presentes en el terrorismo.

Capítulo V. El Derecho penal sustantivo antiterrorista (II). Los delitos relacionados con el terrorismo y sus implicaciones en materia de derechos fundamentales y de principios rectores del Derecho penal

45. La política criminal antiterrorista actual abanderada como objetivo principal la seguridad, y ello se traduce en una política legislativa centrada en la anticipación penal. Los delitos seleccionados para el análisis, todos ellos relacionados con los delitos de terrorismo¹⁹¹¹, se desmarcan de las elaboraciones dogmáticas relacionadas con la autoría y la participación y del *iter criminis*, y se instalan en la mayoría de los supuestos en un

¹⁹¹¹ Art. 575.1 (adoctrinamiento y adiestramiento pasivo); art. 575.2 (autoadoctrinamiento y autoadiestramiento); art. 577.2 (captación, adiestramiento y adoctrinamiento activo); art. 578 (en su modalidad de enaltecimiento y justificación del terrorismo); art. 579 (difusión de mensajes o consignas terroristas y actos preparatorios punibles); y art. 575.3 (traslado o establecimiento en el extranjero con fines terroristas).

ámbito *sui generis* a ellos. Presentan también serias implicaciones en materia de derechos fundamentales.

46. Los arts. 575.1 (adoctrinamiento y adiestramiento pasivo) y 575.2 (autoadoctrinamiento y autoadiestramiento) contienen previsiones dogmáticamente desconfiguradas y que podrían resultar inconstitucionales. En la descripción de las conductas contrasta el hecho de que se describe en forma detallada en qué consiste el adiestramiento, pero nada dice acerca del adoctrinamiento (penalmente relevante). El TS ha interpretado que el adoctrinamiento “debe tener una especial intensidad, sin que baste el mero acercamiento ideológico”, pero, al encontramos en el plano de las ideas, y, sobre todo, en la esfera personal del individuo que asume esas doctrinas, el Derecho penal debería retraerse hasta un momento posterior, so pena de vulnerar derechos fundamentales básicos y de provocar el llamado efecto de desaliento en el ejercicio de los mismos. Y, de hecho, los órganos judiciales castigan por las formas de adoctrinamiento sin que en realidad esté claro qué es, justificándolo en la necesaria erradicación del discurso terrorista.

47. La aceptación en el ordenamiento de preceptos de este tipo, aun realizando para ellos una interpretación restrictiva, supone consentir el paradigma securitario. Y es que, con los arts. 575.1 y 2 no surgen únicamente problemas cuando se obvia su elemento subjetivo o no se aprecia que la conducta es realmente peligrosa, sino que el precepto suscita otras tantas cuestiones espinosas.

48. Son conductas que se posicionan aún más atrás de los actos preparatorios punibles, por lo que se encuentran muy alejadas de la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos (bien definidos), y, en consecuencia, son ciertamente difíciles de conjugar con el principio de lesividad. El art. 575.2 va más allá, pues no solo incluye conductas anteriores a los actos preparatorios realizadas por sujetos individuales, sino que representan delitos de sospecha.

49. El legislador ha incluido en el mismo precepto y con idénticos efectos penológicos, conductas cuya lesividad difiere. Es palmario que el sujeto que recibe instrucción militar o de combate, o en la preparación de toda la amalgama de armas que menciona el precepto, estará mejor capacitado para cometer ulteriores delitos de terrorismo propiamente dichos y podrá llegar a ser más peligroso que el que únicamente ha aprendido doctrinas. Dejando a un lado, por supuesto, que quizás la persona que es adiestrada tampoco llegue al grado de peligrosidad que sería exigible para proceder a su

castigo como delincuente por encontrarse fuera de los actos preparatorios punibles, y solo pudiera motivar, en su caso, una acción previa investigadora.

50. Detrás de los arts. 575.1 y 2 late el entendimiento de determinadas ideas o doctrinas como peligrosas, clasificándose al sujeto que las abraza como un sujeto al que se debe inocular. Tanto la propia previsión legal como su aplicación constatan esta tendencia. Además de las condenas por estos delitos, algunas de ellas con pobres argumentaciones, una reciente práctica de la AN para con los imputados por delitos de autoadoctrinamiento también lo corrobora. El Tribunal central opta por la expulsión del territorio sin juicio de personas consideradas como yihadistas radicalizadas ante la dificultad probatoria del delito de autoadoctrinamiento.

51. Desde aquí se aboga por la derogación de los arts. 575.1 y 2 CP. Haciéndome cargo de que se trata de una posición muy alejada de la realidad político-criminal imperante, cabría admitir una opción más moderada, que implicara la sola previsión de la recepción del adiestramiento. Eso sí, eliminando el elemento subjetivo del tipo “con la finalidad de capacitarse” y sustituyéndolo por que el adiestramiento esté dirigido o tenga la finalidad de cometer delitos de terrorismo en sentido estricto (los delitos del art. 573.1 CP, con las modificaciones que para él considero necesarias), lo que sustituiría, de paso, la referencia general que realiza el art. 575 a que el elemento subjetivo pueda abarcar todos los delitos del Capítulo. Añadiría, además, la necesidad de constatar que exista un riesgo de comisión.

52. La previsión del art. 577.2 CP (captación, adiestramiento y adoctrinamiento activos) se aleja de las características de los delitos de colaboración terrorista con los que comparte precepto. El legislador español realizó unas muy cuestionables transposiciones de las normas europeas en la materia.

53. La conducta de captar (de las normas europeas y de la española) debería ceñirse, en su caso, al reclutamiento de personas para su incorporación a una organización terrorista específica. Sin embargo, lo que describen las normas vigentes en realidad representa una suerte de conducta a caballo entre los actos preparatorios y la inducción. Esta conducta, entonces, podría reconducirse a través de la amalgama de actos preparatorios de terrorismo que ofrece el art. 579. Por otro lado, el adoctrinamiento, en todo caso, sería uno de los instrumentos que utilizaría el captador para atraer a los destinatarios del reclutamiento, por lo que, además de concebirse como algo previo, creo que debería suprimirse del CP toda referencia al adoctrinamiento o a la acción de

adoctrinar por su conexión con la libertad ideológica. Muchos son los peligros que con ello acechan a los derechos fundamentales. El adiestramiento, es la conducta más clara en cuanto a su contenido de las tres citadas. Ello, dejando al margen de las discordancias existentes entre los párr. 1º y 2º del art. 577.2. También, que la descripción del párr. 2º, si bien sí se corresponde con la realizada por las normas europeas, no se corresponde con la realizada por el legislador español al castigar el adiestramiento pasivo y el autoprocuroado. Para el castigo de la conducta del que adiestra, opino que debería, en su caso, mantenerse únicamente la descripción tomada de las normas europeas, la realizada en el art. 577.2.2º, pues, al referirse a los delitos del art. 573, entiendo que hace referencia a los delitos de terrorismo en sentido estricto, y ello es lo más adecuado si se quiere respetar el principio de lesividad.

54. Además, las tres conductas que prevé el art. 577.2 CP, al igual que las previstas en el art. 575.1 y 2 y en el art. 577.1, difieren en contenido lesivo. Aun así, llevan aparejadas unas penas graves e idénticas, que ponen en entredicho el principio de proporcionalidad.

55. A partir de 2015 se ha producido un adelantamiento de la intervención penal respecto de las actuaciones terroristas, englobándose en el espacio de punición cualquier comportamiento que esté destinado a obtener un conocimiento que pueda transmitirse después (siempre que concurra el elemento subjetivo). El legislador responde a través del Derecho penal ante cualquier acto que se integre en la secuencia de la capacitación. Sin embargo, al adicionar al CP estas previsiones sobre captación, adiestramiento y adoctrinamiento, no empleó una buena técnica legislativa, pues las conductas activas y pasivas carecen de concordancia entre ellas. Si bien ya he formulado mis conclusiones de *lege ferenda* con respecto a los delitos de adoctrinamiento y adiestramiento activos y pasivos, con respecto a esta concreta cuestión, creo que, al menos, deberían modificarse sendos preceptos (art. 575 y 577 CP) para unificar su redacción y eliminar las posibles discordancias que pueden surgir en su aplicación.

56. El delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo tiene un controvertido encaje dogmático, pues se aparta de la figura de la apología del Libro I del CP al no exigir una incitación directa. De hecho, parece deliberado que el legislador utilizara una palabra distinta a la expresión apología, eludiendo de esa forma la sujeción a sus requisitos legales.

57. El enaltecimiento y justificación del terrorismo es el delito que más se ha estudiado y criticado doctrinalmente desde el prisma de su colisión con derechos fundamentales, generalmente, desde la perspectiva de la libertad de expresión. De hecho, es el único delito de terrorismo que han analizado el máximo intérprete constitucional y el TEDH.

58. La redacción del delito ha llevado en (demasiadas) ocasiones a interpretaciones por parte de los tribunales vulneradoras de derechos fundamentales, sobre todo en años recientes, llevando ETA más de una década desaparecida. Utilizando simplemente el criterio de la literalidad, se han emitido sentencias que no analizan realmente el contenido de los mensajes enaltecedores/justificadores o los valoran como un bloque, condenado por la “evidencia” de que son delictivos, sin más motivación; o sentencias en las que, aunque existe una valoración con más detalle, solo se tiene en cuenta la literalidad de las expresiones, sin observancia del autor ni del contexto. Estos aspectos se tornan nucleares si no se quiere entrar en el terreno de la vulneración de derechos fundamentales. Otras sentencias sí se han mostrado más restrictivas y por tanto más respetuosas con la libertad de expresión (sobre todo, a partir de la STC 112/2016, de 20 de junio). Aun así, esta jurisprudencia cambiante crea una fuerte inseguridad jurídica, lo que ha producido (y produce) un efecto desalentador del ejercicio de la libertad de expresión en el resto de los ciudadanos.

59. La avalancha de casos enjuiciados por este delito en los últimos años, muchos de ellos finalizados por conformidad, ha avivado el debate sobre su compatibilidad con los postulados constitucionales, lo que ha derivado en la imposición de ciertos requisitos por parte del TC a la hora de aplicar el delito. Se exige un previo examen sobre la libertad de expresión en el caso enjuiciado, y, por vía exegética, se introducen varios requisitos adicionales que no encuentran acomodo en el tenor literal del art. 578 CP y que el TC extrae de su propia jurisprudencia, de la jurisprudencia del TEDH y de las normas europeas: la existencia de una intención de incitar al terrorismo como “elemento tendencial”, aunque sea *indirectamente*; y como consecuencia de dichas expresiones, debe generarse o crearse una situación de riesgo de comisión de delitos de terrorismo. Aunque estoy de acuerdo con el fondo de esta jurisprudencia, no alcanzo a discernir adecuadamente bajo qué competencia actúa el TC al realizar esa interpretación y qué consecuencias jurídicas prácticas conlleva. Primero, porque está elaborando una interpretación de una norma infraconstitucional, lo que no le corresponde a él sino a los

órganos judiciales ordinarios. Y segundo, porque al tratarse de la resolución de recursos de amparo y no de un control abstracto de constitucionalidad, no nos encontraríamos ante una sentencia interpretativa. Lo que debería haber hecho el TC, a mi juicio, es utilizar la llamada autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad, que le hubiera permitido declarar la inconstitucionalidad del precepto. Si el TC entiende que el delito del art. 578 vulnera la libertad de expresión si no se lo dota de los requisitos que él mismo fija a través de la resolución de un amparo y no de una sentencia interpretativa, pero que en absoluto están presentes en el tenor literal del tipo penal, los tribunales ordinarios podrán seguir realizando interpretaciones literales. De todos modos, el legislador sigue teniendo la posibilidad de modificar el precepto para adicionarle los requisitos que exigen para este tipo de delitos meramente comunicativos las normas europeas e internacionales, y ahora también el TC y el TEDH.

60. Cabe reconocer, por otro lado, que el TC puede llegar hasta donde puede llegar. Ni todas las vulneraciones de derechos fundamentales le llegan en amparo, ni puede resolver la inconstitucionalidad de normas si ello no se le ha solicitado por la vía de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad, ni es un legislador positivo. Por ello, antes de (o además de) criticar al TC, cabe manifestar una crítica a la política criminal imperante en nuestros días, y a la forma de actuar de otros poderes del Estado para con estos delitos. Pues cuando se trata de delitos de expresión, existen además otros objetivos velados, dirigidos a la erradicación o silenciamiento de ciertos discursos, y no necesariamente de discursos terroristas. A lo anterior, contribuyen otros poderes estatales en mayor o menor medida. Además de la sobredimensión de las formas delictivas con elemento comunicativo, la política de persecución que se ha asumido desde el poder ejecutivo y desde el Ministerio Fiscal en los últimos años, así como las interpretaciones disconformes con la libertad de expresión de muchas sentencias de la AN y del TS contribuyen a esta situación. Se han ejemplificado numerosos casos de personas que ni siquiera tenían que ver con el entorno más lejano de organizaciones ya hace años desaparecidas, que, en tono satírico o crítico, han emitido expresiones con alguna referencia al terrorismo o a sus autores. Huelga decir que esas declaraciones pueden carecer de gracia, ser ofensivas o aberrantes, pero el surgimiento de responsabilidad penal es otra cuestión si se entiende como la respuesta última y más grave del Estado. Esta conclusión también la corrobora el hecho de que la erradicación del discurso terrorista yihadista se reconduce a través de los delitos de adoctrinamiento en todas sus formas, y

no tanto por la vía del delito previsto en el art. 578 CP, que parece reservarse a expresiones sobre organizaciones terroristas locales y extintas.

61. En cuanto al art. 579 CP, el análisis de las previsiones que contiene es complejo. Su caracterización dogmática, así como su distinción de otras figuras delictivas similares, tanto teórica como en el caso concreto, distan de ser claras. Ello, porque el legislador ha introducido en este precepto delitos que no se ajustan a los actos preparatorios de la Parte General, y también porque se da una sobredimensión de delitos de terrorismo con elemento comunicativo. Tampoco se puede acudir a las normas europeas como fuente de ayuda interpretativa, pues las disposiciones españolas desbordan con creces las europeas. También presenta un difícil encaje jurídico-constitucional, pues, de nuevo, se cierne sobre el ámbito reservado a la libertad de expresión, y sus consecuencias penológicas, a partir de la reforma de 2015, pueden ser muy graves, por lo que también plantea problemas de proporcionalidad. A todo ello hay que añadir que es un precepto prácticamente inaplicado.

62. Creo que podría buscarse una solución conjunta para los vigentes arts. 578 y 579 del CP. Desde aquí se aboga por la derogación del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, pues considero que su incriminación no es legítima en términos de un Derecho penal respetuoso con el principio de lesividad y con los derechos fundamentales, principalmente con el derecho a la libertad de expresión. Ello lo corrobora el hecho de que el TC haya tenido que “imponer” como requisito previo en los procesos penales por este delito un examen previo de la afectación a la libertad de expresión. A mi juicio, lo óptimo sería mantener la punición de los actos preparatorios clásicos para los delitos de terrorismo, que incluyen la apología como forma de provocación. Ahora bien, la apología del art. 18.1.2º CP exige que la incitación sea directa, y ello no lo exigen ni las normas europeas en materia de provocación pública al terrorismo, que aceptan que la provocación sea indirecta, por lo que una previsión en la dirección que yo apunto es difícil de defender en términos de política criminal actual. Cabría mantener, entonces, una especie de provocación indirecta, pero con riesgo real de comisión. Por otro lado, cabría contemplar seguidamente los actos de conspiración y proposición para cometer delitos de terrorismo. Ahora bien, la punición de los actos preparatorios de todos los tipos del Capítulo creo que no sería la solución más adecuada, pues, como he expuesto más arriba, contamos con delitos de terrorismo que ya de por sí son actos materialmente

preparatorios, para los que extender los actos preparatorios punibles sería adelantar desmesuradamente la barrera de punición.

63. El art. 575.3 CP, que criminaliza el traslado y establecimiento en territorio extranjero con fines terroristas incorpora a la legislación española la figura del *foreign terrorist fighter*. El combatiente terrorista extranjero constituye una categoría jurídica que se contradice en sus propios términos. La Resolución 2178 sienta las bases para el nacimiento de un *tertium genus*, que integra aspectos de dos mundos, el del DIH y el del Derecho penal. Uno de los problemas fundamentales que presenta esta categoría, además del de la legitimidad del Consejo de Seguridad para ejercer funciones de legislador internacional, reside en el régimen jurídico de los combatientes terroristas extranjeros, que, por ahora, es inexistente.

64. Se trata, a mi juicio, de la más clara y actual manifestación de emborronamiento de conceptos integrantes del Derecho penal antiterrorista y la guerra, incorporada legalmente al acervo internacional y a las legislaciones internas de un elevado número de Estados. De hecho, los flujos de terroristas y los llamados combatientes terroristas extranjeros han sido la piedra angular de todas las reformas penales en Estados europeos a partir de finales de 2014.

65. La criminalización de los viajes constituye un delito aprobado en circunstancias muy específicas y para un caso muy concreto: la amenaza que representaban las personas que viajaban a Siria e Irak para unirse al Estado Islámico, y, después, las personas que retornaban de aquellos países a sus Estados de residencia o nacionalidad. Esa situación concreta ya no se está dando como en los años álgidos del Estado Islámico, lo que, además de constatar que las actitudes cortoplacistas y las legislaciones casuísticas no son las opciones legislativas más adecuadas para el Derecho penal, hace muy incierto el futuro de este delito. Por el momento, y pese a los alarmantes datos sobre combatientes terroristas extranjeros que se informaron desde los Gobiernos y las Organizaciones Internacionales, el art. 575.3 CP ha tenido una aplicación escasa. Ello, porque las conductas previstas quedan consumidas por otros delitos más graves como los de integración (art. 572.2 CP) o de colaboración (art. 577 CP) u otros. Se trata, por tanto, de un precepto que no cubre generalmente conductas que de otro modo quedarían impunes como quiso justificar el Preámbulo de la LO 2/2015. Por otro lado, en realidad, este delito se imputa únicamente a las personas que están viajando o que están a punto de hacerlo, pues las personas que ya consiguieron llegar a Siria o a Irak y siguen vivas, no

están siendo reclamadas por las autoridades españolas para ser juzgadas aquí (obviamente, no lo serían además por el delito de traslado a territorio extranjero, pues generalmente habrán cometido, si han estado en zonas de conflicto armado, otros delitos de terrorismo más graves, o crímenes internacionales que obviamente consumirían el delito de traslado o establecimiento en el extranjero). Otra cuestión problemática en este sentido, son los problemas probatorios que plantea la investigación de delitos cometidos por personas que se encuentran en terceros Estados. Todo lo descrito denota los tintes de Derecho penal simbólico del delito del art. 575.3 CP.

66. El art. 575.3 CP (tanto en su redacción de 2015 como en la vigente de 2019) recoge conductas muy alejadas de la real puesta en peligro de bienes jurídicos, siendo un ejemplo más del sistemático adelantamiento de las barreras punitivas presente en la política criminal antiterrorista. Las conductas consumadas (el viaje o el establecimiento en el extranjero con fines terroristas) ya son de por sí actos materialmente preparatorios convertidos en delitos, pero que la tentativa, entendida en ocasiones incluso como la ideación de viaje, sea punible, no es más que una emulación de un crimen de pensamiento de la novela *1984*. La existencia de este delito es innecesaria, pero, además, plantea serios problemas con los derechos fundamentales (en lo que respecta al derecho de los nacionales o residentes de los Estados y a la entrada en sus países; a la libertad de movimiento; o a la libertad ideológica y religiosa). Por ello, desde aquí se aboga por su derogación. No obstante, me hago cargo de que es una posición totalmente ilusoria. La obsesión securitaria de los Estados y las Organizaciones Internacionales es tal que incluso dos tribunales en el Derecho comparado han declarado estos delitos de viaje con fines terroristas acordes a sus respectivas Constituciones, acudiendo para ello al argumento securitario.

67. Del estudio general de la legislación penal vigente en materia de terrorismo, y, sobre todo, del más concreto estudio de los tipos penales específicos elegidos, pueden extraerse algunas conclusiones en materia de política criminal. Parece existir una política criminal del “todo vale” cuando de terrorismo se trata. La justificación de la reforma de 2015 fue la *nueva y creciente* amenaza del terrorismo *yihadista*, que hacía *imperiosa* la modificación de la legislación para adecuarla a mandatos internacionales. Ni la amenaza del terrorismo *yihadista* ha resultado ser tal; ni los delitos anteriores eran insuficientes (la inflación actual de tipos penales de terrorismo en nuestro

país es manifiesta); ni los mandatos internacionales recomendaban, en la mayoría de los casos, unas reformas de tal calado. Además, aunque la justificación del legislador se apoyara en la *amenaza yihadista*, este ha mantenido, o incluso, ha añadido (aunque de forma más disimulada), tipos penales que tienen que ver con la violencia de organizaciones ya desaparecidas o con otros fenómenos políticos, como son los tipos de desórdenes públicos y rebelión terrorista (art. 573 bis 4 CP).

68. La reforma operada por la LO 2/2015 supuso la introducción de unos tipos mucho más severos e imprecisos, que plantean problemas en materia de derechos fundamentales. Si la práctica jurídica común del legislador pasa a ser la de redactar ampliamente los tipos penales y la de sobredimensionar el número de delitos, para que después la doctrina o la jurisprudencia (en el mejor de los casos) tengan que restringir su interpretación, lo único que se demuestra es una nefasta forma de legislar abocada a la vulneración de derechos fundamentales. De hecho, la praxis interpretativa de los tribunales competentes no ha seguido generalmente una tendencia que intente satisfacer el respeto de algunos derechos. Tampoco puede esperarse demasiado de la jurisprudencia constitucional, pues su análisis de constitucionalidad en materia penal ha sido más bien escaso. Esta deferencia del TC ante el legislador penal es en principio positiva, pues es síntoma del respeto a la separación de poderes y a las prerrogativas del poder legislativo para diseñar la política criminal estatal. Ahora bien, en algunas parcelas del Derecho, como es la legislación antiterrorista, se observan extralimitaciones del legislador en materia de derechos fundamentales y Derecho penal, procesal, sustantivo (y penitenciario) en las que quizá debería entrar (o haber entrado) el TC. Ello, por supuesto, dentro de sus posibilidades, que están tasadas. El TC no actúa de oficio, sino que entra en el examen de constitucionalidad de las normas a través de cuestiones o de recursos de inconstitucionalidad. Por eso, es ciertamente improbable que el TC llegue en algún momento a examinar constitucionalmente preceptos tan impregnados de tintes políticos como los de terrorismo. Dada su generalizada aceptación política (recordemos que la reforma de 2015 fue orquestada por los dos partidos mayoritarios en España) la interposición de recursos de inconstitucionalidad a las normas antiterroristas parece poco probable. La AN, tribunal encargado de la persecución de los delitos de terrorismo, y el TS, tribunal encargado de resolver sus recursos de casación, tampoco han sido activos a la hora de presentar cuestiones de inconstitucionalidad por estos delitos, a pesar de que el TS ha tenido que introducir interpretaciones para “salvar la constitucionalidad” de

algunos de ellos, como hizo con el delito de autoadoctrinamiento. Otros tribunales constitucionales o supremos europeos sí han revisado la constitucionalidad de las nuevas formas delictivas de terrorismo armonizadas por la Directiva europea, pues son manifiestos los problemas jurídicos que plantean. Si bien es cierto que en la mayoría de ocasiones su control tampoco ha servido de mucho, pues bajo la argumentación securitaria todo parece admisible.

69. Para terminar, cabe traer a colación las palabras del Relator Especial, que señaló que, “aplicando escrupulosamente las normas de derechos humanos, es posible responder con eficacia a los desafíos que entraña la lucha contra el terrorismo; no es necesario en este proceso encontrar un equilibrio entre derechos humanos y seguridad, ya que el equilibrio puede y debe encontrarse en las propias normas de derechos humanos; la ley es el equilibrio, no un peso que deba medirse”¹⁹¹². Como he ido desgranando a lo largo de este trabajo de investigación, la realidad no ha corroborado sus palabras. Resulta evidente que las estrategias antiterroristas (en sentido amplio, es decir, a todos los niveles y en todas sus dimensiones político-jurídicas) han empeorado de forma muy significativa la situación global de derechos humanos. En la lucha contra el terrorismo se han producido algunas de las mayores violaciones de derechos, y se ha estigmatizado y discriminado a grandes grupos de personas.

¹⁹¹² Informe del Relator Especial, A/HRC/C/16/51, de 22 de diciembre de 2010, pág. 7.

Conclusions

Conclusions to the *First Part*

1. The current trends in criminal law are essentially focused on security, dangerousness, and effectiveness. Therefore, the limits of criminal law and fundamental rights as a limit and interpretative criterion of criminal law, are sometimes ignored. The prime example for these dysfunctions is the anti-terrorism regulation.

2. Some principles of criminal law and criminal procedural law have been “relaxed” or even disregarded in recent times. Principles such as *in dubio pro reo* and the presumption of innocence are being replaced with *in dubio pro victim* and a presumption of guilt. The categorisation of criminal law as *ultima ratio* of the system has been progressively diluted. Protection is granted to legal goods that often represent collective feelings embodied in crimes of expression or opinion. Preparatory acts are being elevated to the status of autonomous offences or the criminalisation of these acts is intensified, blurring the line between preparatory acts and execution. Some offences represent a criminal law based on the characteristics of the subject and not on the facts (“Derecho penal de autor”). In addition to the quantitative expansion of criminal law, the formulation of its rules is becoming less and less demanding, leading to a “relaxation” of the principle of legality. For years there has been a trend towards criminal exasperation and a “rediscovery of neutralisation” (“redescubrimiento de la inocuización”), especially for certain types of offences, including terrorism offences. This calls into question the principles of humanity and re-socialisation.

3. The crisis in criminal law principles is strongly influenced by the need for security. The “dogma of security” has led to a new goal for criminal law, which is to ensure security through prevention and anticipation. The focus on harm is replaced by the paradigm of risk as the determining factor for criminal law intervention. The latter is aimed at minimising or neutralising the factors that cause such risks. This approach involves elements from police law, intelligence, and military operations, especially in the aftermath of the 9/11 attacks. However, this mixed system lacks the guarantees that criminal law and criminal procedure law (still) provide. The continuous criminal reforms

justified by the alleged social demands of security are eroding another type of security: “the legal security”. These legal reforms often result in technically questionable legal texts that deviate from established dogmatic categories and principles and are not aligned with criminal policies that respect fundamental rights.

4. JAKOBS’ theory of the “Criminal Law of the enemy” has emerged as part of a trend in criminal law that prioritizes security. This theory is illegitimate as it denies the principles of equality, human dignity, and the very idea of human rights. Furthermore, it promotes an authoritarian approach by establishing two different criminal laws within a State governed by the rule of law. Even though JAKOBS proposes the legitimacy of his theory as limited for certain cases, historical experience shows that exception law ends up becoming ordinary law. The defining features of this theory are particularly evident in the context of terrorism. Undoubtedly, the “enemy” of our times is “the terrorist”.

5. States have an obligation to protect fundamental rights by effectively guaranteeing and promoting their exercise. One way of protecting them is through criminal law, and the possibilities in this regard are expanding. This represents a departure from the traditional view where fundamental rights acted as a limit to criminal law. There is a growing recognition of criminal law’s role as a means of safeguarding human rights. Consequently, there is an emerging concept that a state’s responsibility to uphold human rights should encompass the duty to protect them using criminal law: either preventively, by criminalising conducts, or by exercising *ius puniendi* against the perpetrator as a right of the victim. There is an expanding perspective based on the state’s violation of the victims’ rights, and not on the violation of the offender’s rights, which is (or was) the usual matter of control at the constitutional/international level. The current search for security undoubtedly intensifies this transformation.

6. The academic literature sees a further step in this evolution by moving towards a more generic duty to protect society based on the concept of security (which does not have a peaceful legal nature). In fact, some scholars go further and support the configuration of a fundamental right of this content, especially since 9/11. This right would imply the responsibility of public authorities to anticipate threats and risks, whatever their nature is. Most of the academics, including myself, are against a right of such content. Specifically, in the criminal field, it is argued that there is no right to security as a subjective right to demand that the state protects an individual’s interests through criminal law. If such a right was declared, security would become an end in itself rather

than a means to facilitate the realisation of freedom; and it would then be independent of the state's obligation to respect and protect human rights.

Conclusions to the *Second Part*

7. Terrorism lacks a common definition in social sciences. It is a term that has been abused and associated with negative connotations, unlike other forms of equally serious violence. Political actors tend to make their own assessments of political violence and terrorism depending on the dominant interests in that specific time and place. This is often influenced by strong emotional and ideological implications of the term. The term "Terrorism" is often used by political actors as a label to describe violence carried out by groups or individuals who are perceived as their enemies or political opponents, selectively applying it to certain types of violence and not to others.

8. The lack of an empirical definition of terrorism makes its legal conceptualisation difficult. The requirements for a definition of terrorism vary according to the different fields undertaking the definitional task. Law must face challenges that other fields of knowledge are not necessarily exposed to, since it does not only involve a purely descriptive exercise, but predominantly a prescriptive one. And if we are dealing with criminal conduct, its legal characterisation needs to meet specific criminal law requirements.

9. In terms of anti-terrorism, a vast number of regulations have been envisaged, without having reached consensus on its legal definition. A clear definition would help to reduce human rights violations while countering terrorism and unravel what the applicable framework and most appropriate policies to tackle terrorism are.

Chapter I. International law and terrorism

10. International law has expanded beyond its traditional role of regulating the relationships between states. While the right to punish continues to be an important aspect of state sovereignty, international mandates for criminal homogenisation in certain areas, including terrorism, are becoming increasingly important. Thus, Security Council Resolutions, international treaties, EU rules, Council of Europe rules and European Court of Human Rights rulings have a special impact on our domestic criminal law.

11. According to the UN Security Council, terrorism poses a serious threat to international peace and security. Despite being an executive (not legislative) and

restrictive organ, it has been carrying out legislative functions in the field of terrorism, elaborating definitions and imposing obligations of harmonisation to states. Due to this functional evolution of the Security Council, especially in the context of terrorism, and considering its wide-ranging powers regarding collective security, there is a pressing need for an international definition of terrorism. Such a definition is crucial to understanding the scope and applicability of the measures taken to combat terrorism. The lack of a clear legal framework for terrorism has resulted in human rights violations and grave breaches of international law in the context of the “War on Terrorism”.

12. The United Nations General Assembly has also played a significant role in the international regulation of terrorism by addressing the issue through resolutions and sectoral conventions. It is worth noting the different approaches to terrorism taken by the Security Council and the General Assembly. The former focuses more on military measures and “smart sanctions”, although it has increasingly imposed criminalisation obligations on states in recent years. The General Assembly has tended to treat terrorism as a criminal act, promoting measures related to police and judicial cooperation between states and prioritising the protection of human rights.

13. Despite the multiple international instruments on terrorism, an all-encompassing treaty containing an internationally agreed definition has not been adopted. Such a treaty is under negotiation, but there is still no consensus on its scope and exceptions, although a general agreement on the definition has been reached. A broad definition is perhaps inevitable if an international consensus is to be reached among States. In my view, the latest version of the definition offered by the Draft comprehensive convention against international terrorism is insufficient. It is to be expected that, if it is ever adopted, the situation regarding terrorism will not change significantly. Given the breadth of the definition, States will not find difficulties in continuing to designate all types of violence as terrorism. And yet, with the support of “a commonly accepted definition”.

14. Terrorism is a treaty-based crime. International treaties on terrorism do not give rise to international criminal responsibility. They are basically focused on the coordination or harmonisation of domestic regulations of terrorist offences. Despite this, terrorism categorised as an international crime is not uncontroversial between scholars. In my opinion, although terrorist attacks have been qualified as “serious threats to international peace and security”, terrorism does not meet the requirements to be qualified as a crime against international law and, consequently, should not be included in the

jurisdiction of the International Criminal Court. The *raison d'être* of international criminal law lies in the significance of these crimes for Humanity as a whole and in the general impunity that these acts have enjoyed throughout recent History, despite their extreme seriousness. For terrorist violence, there is generally neither a lack of prosecution by state authorities nor an impunity for such behaviour. On the contrary, more and more conducts are being considered under the term terrorism. Apart from that, on a case-by-case basis and considering the context of perpetration, certain extremely violent acts considered as terrorist could also qualify as crimes against humanity; or as war crimes, if they take place in the context of an armed conflict.

15. Directive 2017/541 was adopted urgently and without impact assessment in the aftermath of the terrorist attacks in Europe in 2015. The Directive highlights the evolving nature of terrorist threats and the necessity for a new EU legislation. From my perspective, the Directive's main rationale lies in addressing the threat posed by foreign terrorist fighters and terrorist travel.

16. The European definition lists a wide range of ordinary offences (defined as such under national law), which, committed with one of the aims listed in the Directive, will be considered offences of terrorism. However, it requires that the acts "given their nature or context, may seriously damage a country or an international organisation". At least the European definition adds the requirement of the potential to seriously damage a state or an international organisation and a more limited list of offences. Furthermore, the offences listed correspond to the serious and violent conduct that terrorists usually use, referring repeatedly to the endangering of human lives.

Chapter II. Terrorism and criminal law: Should terrorism be a separate criminal category? What element(s) would determine its higher level of harmfulness? The main academic opinions and my view

17. The use of the term "terrorism" in criminal law would require a genuine delimitation of its boundaries, by identifying the core elements of specific harm that differentiate terrorist acts from other violent acts. In this sense, there are some scholars that do not find this additional harmfulness of terrorist offences. They opt for the punishment of these conducts by subsuming them under other criminal offences, such as homicide, crimes against humanity, illegal detentions, etc. However, most of the scholars and jurisprudence consider terrorist offences as multi-offensive offences, which protect

legal goods in two ways: first, they protect the legal goods of the specific offences (life, physical integrity, freedom, etc.); second, they safeguard one or more other collective legal goods, which academic identification is not peaceful. In general, it is taken for granted that terrorist offences must exist, but it will depend, among other things, on whether it is possible to identify and justify a distinguishable and specific core of harm. According to most of the Spanish scholars, three elements are necessary for the legal concept of terrorism: the use of violence or mass intimidation; by a terrorist organisation or group; with a collective political aim of changing the established political order or terrorising a population or a part of it.

18. In my opinion, the assertion that terrorism is an attack on the political system as a whole is too broad and it lacks specificity. Therefore, a core of harmfulness cannot be correctly identified. It seems that, even if particularly serious attacks are committed, it is difficult to conceive how those can threaten the democratic state as a whole (unless it reaches the level of an armed conflict, which is governed by a different Law). I consider that the legal characterisation of terrorism must somehow incorporate its political significance, since it uses violence as a means for political change, instead of using democratic means. This cannot be formulated as a teleological element of political significance, nor should it be the sole factor justifying the existence of specific terrorism offences, as it is the case in the Spanish legislation. Subjective elements, such as political aims, pose the dangerous risk of classifying political opponents or dissidents as terrorists. The political aim is crucial as an element that differentiates terrorism from other criminal conducts and in criminological terms, but it cannot be in itself a factor of harm. Therefore, it is necessary to objectively establish that the use of violence has affected the stability of the democratic order.

19. I perceive terrorism as a strategy aimed at influencing democratic political power through intimidation caused by violent actions. For terrorism to exist, it must not only threaten the stability of the democratic political order but also create a state of intimidation among individuals who are not directly affected by the violent acts. The degree of intimidation caused by the threat, rather than the intention behind it, is the most relevant factor. A specific gravity should be required to succeed in intimidating those persons. This should be understood as the plausibility of the object of the threat actually being realized, breaking the will of the threatened person. Collective threats are justified when aimed towards a determinable group of people. The “causing of terror” cannot be

considered a determining factor in assessing the harmfulness of terrorism if it is aimed at broad or indeterminate sectors of people such as “the citizenry”, “society”, or “the population”. In my opinion, the broader the target group, the less appropriate the threat becomes, especially if it comes from a non-state organization or group. The strategy of violence must be aimed at a (more or less) homogeneous group of people, although not necessarily a vulnerable one.

20. Violent actions should be serious, systematic, likely to be repeated and of sufficient magnitude to have the effects outlined above. Based on these criteria, it is reasonable to conclude that such actions can only be carried out by an organisation rather than by an individual acting alone. Therefore, I disagree with the academic perspective that recognizes the concept of “individual or autonomous terrorism”.

21. Therefore, in my opinion, in criminal law, an action can be considered as terrorism if it involves an organisation engaging in serious and violent conduct aimed at conditioning public power and thus destabilising the democratic order. Additionally, the actions must be of sufficient magnitude to intimidate identifiable groups of people who are not directly affected by the violence. I realise that the definition I have outlined for terrorism may not encompass all actions that are currently classified as such.

Chapter III. Terrorism, fundamental rights, and a normalised emergency law

22. The elements outlined above could identify terrorism as a separate criminal category. This could justify higher penalties in some cases, but not the array of exceptional anti-terror measures in force in Spain. The specialities are found in substantive criminal law, procedural law, and prison law. Antiterrorist law is the quintessential example of differential legal treatment, which is even supported by the Spanish Constitution (Article 55.2). The gravity and social significance of criminal conduct, in general, do not prevent the establishment of different penalties or policies, but in this case, not all specialities have been reasonably justified, affecting not only the principle of equality but also many other fundamental rights.

23. Article 55.2 of the Spanish Constitution enshrines the derogation of three rights during terrorism investigations: freedom of movement, inviolability of the home and secrecy of communications. Although this derogation of rights should remain on a purely procedural level, it has indeed many more implications. In my view, this particular

provision has constitutionalised a state of terrorist emergency, which serves as a basis for the entire Spanish counter-terrorism legislative framework and its specialities.

24. The initial regulations implementing Article 55.2 of the Spanish Constitution, while subject to criticism, were enacted as special legislation in response to a specific situation. Some of them even set a period of validity. From 1988 onwards, the implementation of the individual derogation of rights has been integrated into the Spanish Criminal Procedure Code. That means a definitive normalisation of the emergency only in cases of terrorism. In this sense, counter-terrorism legislation is paradoxical because it tries to give the appearance of normality by establishing it in ordinary Codes, while simultaneously incorporating numerous specificities into its content.

25. The constitutional “guarantees” intended to ensure the proper use of the derogation (the necessary participation of the courts; a proper parliamentary control; and the criminal liability from the unjustified or abusive use of the derogation) have not been strictly respected, neither by the legislator, nor regarding the determination of responsibilities for its abusive use.

26. Although the laws implementing Article 55.2 of the Spanish Constitution have gradually reduced the time limits for extending detention, the current regulation still allows for a maximum extension of the detention period of up to five days (72 hours as established by the Constitution, plus an additional 48 hours). Considering the principles and purposes of detention, this extended period can be considered equally excessive.

27. In addition to the extension of detention, the Spanish counter-terrorism laws envisage incommunicado detention and incommunicado pre-trial detention for individuals involved in terrorist activities (for both adults and minors). The regulation of incommunicado detention in the Spanish Criminal Procedure Code is scattered and unclear, even though it restricts fundamental rights. The procedural amendment introduced by Organic Law 13/2015 modified the general regime of incommunicado detention and it has alleviated some aspects of the exceptional regime of incommunicado detention for terrorism cases. Its duration has been reduced from thirteen days to ten. Even so, in my opinion, it is still an excessive period, and the legislation does not clarify whether subsequent incommunicado detention can be imposed if the conditions are met. However, even in cases of terrorism, incommunicado detention can only be imposed if one or more of the grounds listed in Article 509.1 of the Criminal Procedure Code are met. There will not be an automatic limitation of all the rights covered by incommunicado

detention. This was a requirement of the European Court of Human Rights rulings, which Spain did not respect for decades.

28. The incommunicado detainee may be deprived of the following rights: appointment of a trusted lawyer; confidential meetings with their lawyer; and access by them or their lawyer to proceedings, except for the essential elements needed to challenge the legality of the arrest. All these procedural rights affect the right to a defence under Articles 17.3 and 24.2 of the Constitution. It is important to note that a lawyer is not just an observer who ensures the legality of the detention, but also plays a proactive role in defending the detainee or prisoner from the beginning, especially during the initial police and judicial statement, despite the Constitutional Court ruling in this regard. It has always been behind the prohibition on appointing a trusted lawyer the assumption that the lawyer is a “suspect lawyer”. The assumption that the lawyer chosen by the detainee is unethical or has criminal ties is an unacceptable interference of criminal procedural law. With the 2015 reform, the right of access to the proceedings is excluded for the incommunicado person or their lawyer, except for the essential elements needed to challenge the legality of the detention. This could violate the detainee’s right to defence during incommunicado detention. This reinforces the idea that the lawyer’s only function is to monitor the legality of the detention, preventing them from carrying out any defence manoeuvres. Additionally, Criminal Procedure Code continues to exclude the right of incommunicado detainees to a confidential meeting with their court-appointed lawyer, despite criticism from international organisations and scholars. The European Court of Human Rights claims that this right can only be waived in exceptional cases and with sufficient safeguards against abuse and has condemned Spain for its failure to comply with these requirements.

29. In addition to the aforementioned rights related to defence, the incommunicado person does not have the right to communicate with all or any of the persons with whom they have the right to do so, except for the judicial authority, the Public Prosecution Service, and the Forensic Doctor. Before 2015, the incommunicado detention also involved a ban on informing the relatives of the detained person about the detention and place of custody. This situation amounted to a kind of secret detention prohibited by international law; it could cause serious concerns for families and relatives; it implied a presumption of collusion between the person being held incommunicado and their relatives; and it violated the provisions of the International Convention for the

Protection of All Persons from Enforced Disappearance. Fortunately, from 2015 onwards, the relatives will be informed by the authorities about the detention and whereabouts of the incommunicado detainee.

30. The use of incommunicado detention can result in the violation of various rights. The most common violations involve the prohibition of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment and the right against self-incrimination. The dangers of prolonged detention and incommunicado detention have been highlighted as instruments that enable the practice of torture. International bodies have repeatedly urged Spain to eliminate this legal regime, and numerous complaints of torture have been lodged by individuals held incommunicado. Condemnatory rulings have been made by the CAT, the UN Human Rights Committee, and the European Court of Human Rights against Spain in this matter. These violations of fundamental rights and condemnations have undermined the legitimacy of Spanish counter-terrorism legislation and policy. Although recent attempts have been made to introduce safeguards for the fundamental rights of detainees held incommunicado, and the regime is currently not often applied, the Spanish legislator is reluctant to abolish it.

31. Article 18.2 of the Spanish Constitution recognises the right to inviolability of the home except in cases of consent of the occupant or a legal warrant, and in cases of *flagrante delicto*. Article 553 of the Criminal Procedure Code implements this right. In terrorism investigations, members of the police may, under their own authority, immediately arrest persons in cases of exceptional or urgent need wherever the place they hide is. They may also, for these reasons, search such places and seize effects and instruments related to the offence prosecuted. Immediate account will be given to the competent judge. Article 55.2 of the Constitution allows for the derogation of this right in terrorism investigations, but it requires judicial intervention as one of its guarantees. Therefore, the derogation seems contradictory since Article 18.2 of the Constitution already imposes the necessity of a judicial decision as a limit. This problem was addressed by the Constitutional Court. To ensure the compatibility between the “effective derogation of the right” and the “necessary judicial intervention”, it declared that the exception to the need for prior judicial intervention can operate as follows: “only exceptionally, in absolutely essential cases and in which the circumstances of the case do not allow the appropriate prior adoption of measures by the judicial authority, because of the immediate detention of a presumed terrorist”. These requirements, however, have not

been reflected in the Spanish legislation, nor in the application of the derogations by the authorities.

32. Even though exceptional or urgent needs may displace judicial intervention, it is not enough to rule out the rest of the guarantees of the right to inviolability of the home envisaged in the Criminal Procedure Code. The need to interpret criminal and rights-limiting rules restrictively leads to conclude that Article 553 only alters the system of competences established in the Criminal Procedure Code. This allows the police to carry out the same actions as in the ordinary system, but they can do so on their own authority and without a reasoned judicial order.

33. In conclusion, it is worth questioning whether the current derogation needs to be maintained. In my opinion, it is difficult to identify cases that do not fall under “*flagrante delicto* or persecution and concealment at home” but do qualify as “cases of exceptional or urgent need”. Given the current state of technology, it is possible to obtain a judicial order in a short time without jeopardising the investigation. The derogation may have been justified in the past, given the convulsive situation in Spain. Neither the terrorist actions nor the investigations of today, which use much more advanced methods, can be compared to those of the past. Hence, I consider that the derogation of art. 18.2 of the Constitution in cases of terrorism lacks sufficient justification at the present time.

34. Article 55.2 of the Constitution allows for the derogation of the right to secrecy of communications (Article 18.3 of the Constitution), which can only be limited by court order. This derogation is implemented in Articles 579.3 and 588 ter d) 3 of the Criminal Procedure Code. It contemplates the observation or detention of communications for terrorist offences investigations ordered by the executive, in cases of urgency and when there are well-founded reasons that make it essential. Judicial intervention takes place *a posteriori*, and this has been declared constitutional by the Constitutional Court. In my opinion, to the urgency expressly required by the Article, the note of exceptionality inherent to derogations of rights as a legal category and the study of proportionality inherent to all interference with fundamental rights should be added.

35. Since 2015, criminal offences related to terrorism have emphasised on the use of new communication systems and technology. These kind of terrorism offences do not only refer to the preparation and agreement to commit terrorist acts, but also include offences committed by individuals using communication technologies. Therefore, state authorities should use the limitation or directly the derogation of the secrecy of

communications when it comes to the investigation of this type of offences. In fact, given the current importance of virtual space and communications in the commission of terrorist offences, some scholars argue that the derogation of Article 18.3 of the Constitution is crucial for effective terrorism investigations in our times. Without broad powers of intervention in the digital world, such investigations may not be successful. However, in my opinion, the use of the derogation should be increasingly residual and not enhanced, as obtaining a judicial authorisation can be very quick if not immediate.

36. Counter-terrorism legislation implementing the derogation of fundamental rights has expanded over the years in two ways. Firstly, the derogation established in Article 55.2 of the Constitution has been incorporated into ordinary legislation. Secondly, despite Article 55.2 of the Constitution exhaustively outlines the rights subject to derogation, it has been revealed that other rights, are also affected, or materially derogated.

37. Some scholars consider Art. 55.2 of the Spanish Constitution as an important tool in the fight against terrorism and even favour its extension to the derogation of other rights. I see it differently. I advocate for the repeal of procedural legislation on the derogation of rights in terrorism cases. As argued, it lacks justification in current times and distorts the nature of the derogation of rights as a legal category, which requires, among others, an exceptional character. The threat assessment, in this regard, is crucial.

38. One of the key aspects in anti-terrorist procedures is the jurisdiction of the “Audiencia Nacional” to try terrorist offences. Different arguments have been presented both in favour and against this jurisdiction. The Constitutional Court justified it by highlighting that “terrorist offences are aimed at disrupting the constitutional order” and that the Audiencia Nacional is not an exceptional court. Others base the jurisdiction on subjective factors related to the “terrorist”, while some offer political justifications. In my view, the latter were the only ones that could lead to justify this jurisdiction at one point. In the past, it was deemed appropriate to remove terrorist offences from the “natural judge”, due to the risks involved in having them heard by the judicial body of the place of the offence. While such concerns may have been valid during the Spanish Transition and subsequent years of intense ETA violent activity, the current reality is different. Jihadist terrorism, which is considered “active” by authorities, is not concentrated in a specific location that would require the involvement of a central court. Nevertheless, the

jurisdiction to hear terrorist offences has not been revised, despite the temporary nature of its regulatory provision and the disappearance of ETA. The end of ETA could have been a good opportunity for a transfer of the Audiencia Nacional's powers, which unfortunately did not happen. Even today, some scholars argue that jihadist terrorism justifies maintaining the jurisdiction of the Audiencia Nacional, although this is not the majority opinion. Many, including myself, advocate for the transfer of the jurisdiction to prosecute terrorist offences to the natural judge.

39. The specific wording of the attribution of jurisdiction over terrorist offences to the Audiencia Nacional, in addition to being inserted in a remote temporary provision, is problematic. It relies on a subjective criterion rather than a mention to the Chapter dedicated to terrorist offences in the Criminal Code. This raises problems with the inclusion in its jurisdiction of certain terrorism-related offences, such as the offences of glorification of terrorism or terrorist collaboration. The indeterminate nature of the designation of jurisdiction, together with the broad and indeterminate wordings of terrorism offences in the Criminal Code, has led to cases being brought before the Audiencia Nacional with weak evidence, subjecting the accused to derogations of rights and the added stigmatisation of being brought before the Audiencia Nacional. The Audiencia Nacional has also been criticised for its incompatibility with the principle of judicial immediacy and the writ of *habeas corpus*. It has effectively resulted in the withdrawal of the judiciary power, allowing the government and the police to intervene with insufficient motivation or control, leading to serious violations of fundamental rights. Furthermore, there are numerous convictions based exclusively on the admission of facts by the accused during police custody, subsequently rectified before the investigating judge, or based on the statements of a co-defendant; police reports without corroboration of their content were used as evidence against the accused; and there have been concerns about the impartiality of the Court members due to collective attitudes.

Chapter IV. Substantive counter-terrorism criminal law (I). Terrorist offences and their implications in terms of fundamental rights and guiding principles of criminal law

40. After analysing the various conceptual perspectives surrounding the alleged legal goods protected by terrorist offences, such as “public order”, “public peace”, and “security”, and considering the broad scope of the typical elements of terrorist offences outlined in Article 573 of the Criminal Code, any of these legal goods can be

easily argued as protected by terrorist offences, given their ambiguity and vagueness. As a result, I believe that none of these legal goods can be an adequately justification in terms of criminal law.

41. In my view, a common protected legal good for all the offences included in Title XXII cannot be found, nor can such a legal good be claimed for all terrorist offences in general (those found in Chapter VII, arts. 571 to 580 bis), without falling into ambiguous, vague, or empty concepts of real harmful content. This would lead to a violation of the principles of criminal law. The counter-terrorism legislation has expanded enormously, covering a wide range of conducts that are far removed from the real endangerment of legal goods. Therefore, it is not possible to identify a unique collective legal good that applies to all these offences, considering that some of them may not even have a legal good to protect.

42. I find it problematic to formulate the definition of terrorist offences solely through subjective elements, as the Spanish legislation does. These subjective elements can be difficult to prove and can be more easily redirected towards aspects related to the person and not to the conduct. To address this, a potential *de lege ferenda* solution would be to objectify the elements of the terrorist offence. This could involve a real impact on state stability resulting from violent actions, or at least actions that can achieve such an impact, as stipulated by the European Directive. As for the aims “gravely altering the public peace” and the “provoking a state of terror amongst the population or part thereof”, I believe that the solution would also involve a transformation of these aims. One possibility is to require serious intimidation of identifiable groups other than those directly affected by violent conducts. Moreover, the use of the term “intimidation” is more appropriate than the term “terror”, in the sense that it is commonly used in the Criminal Code, in the European Directive and is a term interpreted by the courts. Additionally, the current list of offences outlined in the definition of terrorism should be significantly reduced. It may be appropriate to keep offences against life, physical integrity, freedom, offences against “collective security”, or some offences “against the Constitution”. Furthermore, given the scale and systematic nature of these violent activities, they can only be carried out by organisations or groups. Therefore, the structural element should be reincorporated into the definition.

43. If the requirements stated earlier were met, an aggravation of the penalty for terrorist offences would be justified, as their severity demands. However, imposing a

sentence of permanent, revisable imprisonment, which I believe is unconstitutional, should not be a legitimate option.

44. These *lege ferenda* proposals are completely out of touch with the Spanish anti-terror criminal policy. Therefore, the only way forward is a restrictive interpretation of the aims, which, at least, should be cumulative.

Chapter V. Substantive counter-terrorism criminal law (II). Terrorism-related offences and their implications in terms of fundamental rights and guiding principles of criminal law

45. The primary objective of the prevailing anti-terrorism criminal policy is security. This leads to a legislative policy that emphasizes preventive (anticipatory) Criminal Law. The offences selected for analysis depart from the criminal law dogmatic elaborations related to “perpetration and participation”, as well as to the *iter criminis*. Furthermore, all these offences have significant fundamental rights implications.

46. Articles 575.1 (indoctrination and passive training) and 575.2 (self-indoctrination and self-training) contain provisions that are dogmatically misconfigured and could be unconstitutional. While the law provides detailed descriptions of training conducts, it fails to address the description of the (criminally relevant) indoctrination. The Supreme Court has interpreted that this indoctrination “must have a special intensity, without the mere ideological approach being sufficient”. Given that the indoctrination concerns ideas and personal beliefs, criminalising it at this level could violate fundamental rights and have a chilling effect on the exercise of these rights. Despite the lack of clarity on what constitutes indoctrination, judicial bodies have punished it, mentioning the need to eliminate terrorist speech.

47. Accepting legal provisions such as Articles 575.1 and 2 of the Criminal Code, even when they are interpreted restrictively, implies an agreement with the securitarian paradigm. The problems posed by these offences are not limited to the subjective element nor to their dangerousness. These offences raise many other thorny issues.

48. These conducts are placed even before punishable preparatory acts and are therefore far removed from the endangering or harming of (well-defined) legal goods. Consequently, they are difficult to reconcile with the harm principle. Furthermore, Article

575.2 does not only punish conducts prior to punishable preparatory acts carried out by individuals, but has also created an offence based on suspicion.

49. The legislator has grouped together different conducts in the same provision, assigning them the same criminal consequences despite their different levels of harm. An individual who receives military or combat training, or in the handling of weapons listed in the Article, may be more likely to commit future terrorist offences and poses a greater danger than someone who has learned extremist ideologies. Additionally, it is possible that the trained individual does not reach the required level of danger to be punished and could only allow a prior investigative action.

50. Behind Articles 575.1 and 2 of the Criminal Code lies the understanding of certain ideas or doctrines as dangerous. The subject who embraces them is classified as an individual who must be neutralised. Both the legal provision itself and its judicial application confirm this understanding. Some convictions for these offences are poorly reasoned. Furthermore, a recent practice by the Audiencia Nacional regarding those accused of self-teaching offences also demonstrates this trend: the Court opts to expel individuals that are believed to be radicalised jihadists from the country without trial, due to the challenge of proving the self-training offence.

51. I advocate for the repeal of Articles 575.1 and 2 of the Criminal Code. I realise that my position is out of touch with the prevailing anti-terror criminal policy. Thus, I could admit a more moderate option, which would only envisage the reception of training. However, I suggest modifying the subjective element, replacing it with the training “being aimed at” or “having the aim” of committing terrorist offences in the strict sense (the offences in Art. 573.1 of the Spanish Criminal Code, with the necessary adjustments that I have argued above). This would replace, incidentally, the generic reference in Art. 575 to all the offences in the Chapter. I would also add the requirement of: “causing a danger that one or more such offences may be committed”.

52. Article 577.2 of the Criminal Code (recruitment for terrorism, providing training for terrorism, and indoctrination) does not meet the characteristics of the offences of “terrorist collaboration” (Article 577.1). The Spanish legislator’s transposition of European norms concerning this matter are highly questionable.

53. The conduct of recruitment for terrorism (both in the European and Spanish laws) should be limited to the recruitment of individuals for their incorporation into a specific terrorist organisation. However, the current rules describe a conduct that

falls somewhere between preparatory acts and incitement as legal categories. This conduct could then be redirected through the preparatory acts of terrorism established in Article 579. Apart from that, the recruiter may use indoctrination as a means of attracting potential recruits. Still, any reference to indoctrination in the Criminal Code should be removed due to its potential impact on ideological freedom and the risks it poses to other fundamental rights. The conduct of “providing training for terrorism” is the clearest conduct of the three mentioned above. Despite this, there are discrepancies between paragraphs 1 and 2 of Article 577.2. The description in paragraph 2, while in line with European standards, does not correspond to that of the Spanish legislator when punishing receiving training for terrorism and self-training. For the punishment of the conduct of the trainer, I believe that only the description outlined in Art. 577.2.2 (taken from the European Directive) should be maintained, since it refers only to the offences of Art. 573 (terrorist offences in the strict sense), and this is the most appropriate in terms of harm principle.

54. Moreover, the three conducts envisaged in Art. 577.2 of the Criminal Code, as well as those in Art. 575.1 and 2 and Art. 577.1, differ in their harmful content. They carry serious and identical penalties, which undermine the principle of proportionality of penalties.

55. Since 2015, criminal intervention in response to terrorist actions has expanded. This intervention encompasses any conduct aimed at obtaining knowledge that can be transmitted later (provided that the subjective element is present). The legislator responds through criminal law to any act that is part of the training sequence. However, in adding these provisions on recruitment, training and indoctrination to the Criminal Code, the legislator did not apply an adequate legislative technique, since the active and passive conducts are not coherent to each other. Although I have previously presented my suggestions for reforming the laws on active and passive indoctrination and training, regarding this specific issue, I believe that both Articles (575 and 577 of the Criminal Code) should be revised to ensure consistency between them and avoid any discrepancies in their application.

56. The offence of glorification or justification of terrorism has a controversial dogmatic categorisation. It deviates from the definition of “connivance at a criminal deed” (“apologia”) outlined in the General Part of the Criminal Code (Article 18.1.2), which

requires direct incitement. In fact, it seems deliberate that the lawmakers used a different word to the term “connivance at a criminal deed”, thus avoiding its legal requirements.

57. Among all the offences related to terrorism, the act of glorifying and justifying has been the most extensively examined and scrutinized by scholars focusing on its implications on fundamental rights, especially on freedom of speech. In fact, it is the only terrorist offence that has been analysed by the Spanish Constitutional Court and the European Court of Human Rights.

58. The wording of the offence has led to court interpretations that violate fundamental rights, particularly in recent years, long after the disbandment of ETA. Courts have issued verdicts that do not truly examine the content of messages that glorify or justify terrorism. In other cases, courts have taken only the literal meaning of expressions into account, without considering the author or the context of the message. These issues become crucial in avoiding the infraction of fundamental rights. Some judgments have been more restrictive and thus more respectful concerning freedom of speech, especially since the Constitutional Court decision 112/2016. Nonetheless, this changing jurisprudence creates significant legal uncertainty, which has discouraged the exercise of freedom of speech by other citizens, creating what is known as “chilling effect”.

59. In recent years, an increasing number of cases prosecuted for the offence under Article 578 of the Criminal Code has led to debates on its compatibility with constitutional principles. This has led to the imposition of certain requirements by the Constitutional Court. These include a prior examination of freedom of speech, as well as additional requirements, such as the existence of “an intention to incite to commit terrorism offences” and “causing a danger that one or more such offences may be committed”. These additional requirements are not included in the literal wording of Article 578 of the Criminal Code and the Constitutional Court has extracted them from its own case law, the case law of the European Court of Human Rights and the European Directive. While I agree with this jurisprudence, it raises questions about the Constitutional Court’s competence in interpreting an infra-constitutional norm and the practical legal consequences of its ruling, because it was the resolution of an appeal for protection (“recurso de amparo”) and not an abstract control of constitutionality. What the Constitutional Court should have done, in my opinion, is to use the so-called self-question or internal question of unconstitutionality, which would have allowed it to

declare the unconstitutionality of the offence. In any case, the legislator still has the possibility of modifying the Article to add the requirements that the European Directive and now also the Constitutional Court and the European Court of Human Rights demand.

60. It must be noted that the Constitutional Court has its limitations. It can only address violations of fundamental rights that are brought before it through appeals for protection (“recurso de amparo”) or when an appeal or question of unconstitutionality has been submitted. Additionally, it cannot function as a positive legislator. Therefore, before (or in addition to) criticising the Constitutional Court, it is worth criticising the prevailing criminal policy of our times, and the way in which other powers act in relation to these offences. When it comes to communicative or expression offences, there are hidden agendas to silence certain speeches, not just terrorist speech. The overuse of criminal offences with a communicative element and the prosecution policies, along with contradictory interpretations of rulings by the Audiencia Nacional and the Supreme Court contribute to this situation. I have exemplified cases of individuals who were not associated with long-defunct organizations, who made satirical or critical comments with some connection to terrorism or its perpetrators. While such statements can be offensive or unpleasant, criminal intervention is not legitimate (if criminal law is understood as the ultimate and most serious response of the state). This conclusion is also corroborated by the fact that the eradication of jihadist terrorist discourse is redirected through the offences of indoctrination (Articles 575 or 577.2), and less through the offence established in Article 578 CP, which seems to be reserved for expressions about local and extinct terrorist organisations.

61. The analysis of Article 579 of the Criminal Code is complex due to several factors. Its dogmatic characterisation is not clear, and it is not easy to distinguish it from other similar offences, both theoretically and practically, given the over-dimension of terrorist offences with a communicative element. Furthermore, the offences included in this provision do not conform to the preparatory acts of the General Part of the Criminal Code. Article 579 of the Criminal Code has also a difficult constitutional fit, as it overlaps with the area reserved to freedom of speech. The penal consequences of this provision, especially after the 2015 reform, can be severe, which raises questions about proportionality. Furthermore, European norms cannot be used as a source of interpretative help, as the Spanish provisions go beyond the European ones. Finally, it should be noted that Art. 579 of the Criminal Court is practically inapplicable and was hardly ever applied.

62. I think that a joint solution for the existing Articles 578 and 579 of the Criminal Code could be found. I advocate for the repeal of the offence of glorifying or justifying terrorism, since its incrimination is not legitimate in terms of a criminal law that respects the principle of harm and fundamental rights. In fact, the Constitutional Court has had to “impose” a prior examination of freedom of speech as a prerequisite in criminal proceedings for this offence. In my opinion, it would be favourable to maintain the punishment of classic preparatory acts related to terrorism, which include “connivance at a criminal deed¹⁹¹³” (“apología”) as a form of provocation. However, the “connivance at a criminal deed” of Article 18.1.2 of the Criminal Code requires the incitement to be direct, and this is not required by European norms on public provocation to terrorism, which accept indirect incitement. This makes it difficult to defend the reform that I am suggesting. It would therefore be possible to maintain an indirect provocation, but with the requirement of “causing a danger that one or more such offences may be committed”. Conspiracy and proposition to commit terrorist offences could be considered next. However, I consider that punishing the preparatory acts of all the offences in the Chapter would not be the most appropriate solution, since, as I have explained above, there are terrorist offences which are already materially preparatory acts, for which extending punishable preparatory acts would be disproportionate.

63. Article 575.3 of the Criminal Code criminalises the travel and the settlement abroad for terrorist purposes and incorporates the legal category “foreign terrorist fighter” into Spanish legislation. The foreign terrorist fighter as a legal category is contradictory. Resolution 2178 lays the foundation for a tertium genus, which integrates aspects of two legal fields: international humanitarian law and criminal law. One of the fundamental problems of this category, in addition to the legitimacy of the Security Council to act as an international legislator, lies in the non-existent specific legal regime for the foreign terrorist fighter.

64. In my opinion, the category of foreign terrorist fighter is the clearest and most current example of the blurring of concepts inherent to counter-terrorism criminal law and war. In addition, the term is legally incorporated into the international framework and the domestic legislation of many countries. In fact, the flows of terrorists and so-called “foreign terrorist fighters” have been the cornerstone of all criminal law reforms in European states since the end of 2014.

¹⁹¹³ Criminal Code translation by the Spanish Ministry of Justice.

65. The offence of travel and “settlement abroad” (“secure abode”¹⁹¹⁴) for terrorist purposes was passed under very specific circumstances: the threat posed by people traveling to Syria and Iraq to join the Islamic State, and later, the threat posed by people returning from those countries to their states of residence or nationality. That specific situation, however, is no longer as frequent as during the height of the Islamic State. This makes the future of this offence very uncertain. Short-term attitudes and casuistic legislations are not the most appropriate legislative options in criminal law. Despite the concerning data on foreign terrorist fighters reported by governments and international organisations, Article 575.3 of the Criminal Code has been rarely applied. This is because the conducts envisaged are covered or consumed by other more serious offences such as “integration in a terrorist group or organisation” (art. 572.2) or “terrorist collaboration” (art. 577), among others. As a result, Article 575.3 of the Criminal Code is not generally used to prosecute conducts that would otherwise remain unpunished, as the Preamble of the Organic Law 2/2015 sought to justify. The offence described in Article 575.3 is usually only charged to individuals who are in the process of traveling to a foreign country, since those who have already reached areas, such as Syria or Iraq, and are still alive are not being prosecuted by Spanish authorities. Furthermore, prosecuting offences committed by individuals in third countries poses significant evidentiary challenges. All these factors suggest that the offence outlined in Article 575.3 has “symbolic criminal law” overtones.

66. Article 575.3 of the Criminal Code (both in its 2015 and current 2019 wordings) includes criminal conducts that are far from the real endangerment of legal goods. This is another example of the anti-terrorism extreme preventive criminal policy. Consummated offences (traveling or settlement oneself abroad for terrorist purposes) are already preparatory acts that have been turned into offences, but making the attempt of travelling punishable, sometimes even understood as the mere idea of traveling, is nothing more than an emulation of a thought crime from the novel 1984. The offence described in article 575.3 of the Criminal Code does not cover criminal conducts that would otherwise remain unpunished. Its existence is unnecessary and raises serious fundamental rights issues (regarding the right of nationals or residents of States to enter their own countries; freedom of movement; or ideological and religious freedom). Therefore, I advocate for its repeal. Although, I understand that my position is completely unrealistic.

¹⁹¹⁴ Criminal Code translation by the Spanish Ministry of Justice.

The security obsession of States and International Organisations is such that even two Courts in comparative law have declared these offences in accordance with their respective Constitutions, using “security” as an argument.

67. It is possible to draw some conclusions regarding criminal policy from my study. The 2015 legislative reform was justified by the emerging and increasing threat of jihadist terrorism. This threat made imperative to amend our anti-terror legislation to align it with international mandates. However, the jihadist threat did not turn out to be as significant as anticipated, and the pre-existing criminal offences were sufficient. Furthermore, in most cases, international mandates did not recommend such extensive amendments. Moreover, although the justification for legislative changes was based on the jihadist threat, the lawmakers have maintained or even added criminal offences related to violent organizations that no longer exist or to other political phenomena, such as “terrorist public disorder” and “terrorist rebellion” offences (Article 573 bis 4 Criminal Code).

68. The Organic Law 2/2015 introduced severe and imprecise offences, which pose fundamental rights concerns. When lawmakers adopt a common legal practice of broadly defining criminal offences and over-dimensioning the number of offences, it falls upon legal experts and courts to restrict their interpretation. This legislative approach is problematic and ultimately leads to the violation of fundamental rights. The interpretative praxis of the Courts does not seem to comply with some rights, and the constitutional jurisprudence has been rather scarce in criminal matters. This Constitutional Court’s approach towards the legislators’ actions in criminal matters is generally positive, as it complies with the separation of powers and the legislators’ authority to establish the state criminal policy. However, in certain fields of law, such as anti-terrorism legislation, there are instances where the legislature exceeds its authority with regards to fundamental rights. In such cases, it may be appropriate for the Constitutional Court to intervene, although its scope is limited. The Constitutional Court does not act on its own initiative but examines the constitutionality of laws through questions or appeals of unconstitutionality. Given the widespread political acceptance of terrorist offences, it is unlikely that appeals of unconstitutionality will be filed against counter-terrorism regulations (the 2015 amendment was sponsored by the two major political parties). The Audiencia Nacional, responsible for prosecuting terrorist offences, and the Supreme

Court, responsible for handling appeals, have not raised any questions about the constitutionality of these offences, although the Supreme Court has had to introduce interpretations to “save the constitutionality” of some of them, such as the self-training offence (Article 575.2 Criminal Code). Several European constitutional or supreme courts have examined the constitutionality of the new offences of terrorism harmonised by the European Directive, as the legal problems they pose are evident. However, these reviews have not been particularly effective, as everything seems to be admissible under the securitarian argumentation.

69. In conclusion, it is worth mentioning the words of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, who stated that: “Through the careful application of human rights law it is possible to respond effectively to the challenges involved in the countering of terrorism while complying with human rights. There is no need in this process for a balancing between human rights and security, as the proper balance can and must be found within human rights law itself. Law is the balance, not a weight to be measured”. Unfortunately, the reality is far off from his words. Counter-terrorism strategies, in their various political and legal aspects, have led to a significant undermining of human rights. The fight against terrorism has resulted in numerous human rights violations, as well as stigmatization and discrimination against certain groups of people.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María, “El programa penal de la Constitución española de 1978 y su retrodesarrollo en el Código Penal vigente”, *Revista de Derecho penal*, N°26, 2018, págs. 229-242.
- AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique/JAÉN VALLEJO, Manuel/PERRINO PÉREZ, Ángel Luis, *Terrorismo en el siglo XXI: la respuesta penal en el escenario mundial*, Dykinson, Madrid, 2016.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°14, 1993, págs. 9-34.
- ALASTUEY DOBÓN, Carmen, “La invitación interpersonal a delinquir como acto preparatorio punible”, *RDPC*, N°21, 2019, págs. 59-104.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal constitucional”, en: MIR PUIG, Santiago/QUERALT JIMÉNEZ, Joan (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia (Coord.), *Constitución y principios del Derecho penal: Algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 15-66.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión”, *TEORDER*, N°32, 2022, págs. 44-67.
- ALCOCEBA GIL, Juan Manuel, “Contraterrorismo en el siglo XXI: de ‘seguridad’ a ‘defensa’”, en: MORENO CATENA, Víctor Manuel/ARNAIZ SERRANO, Amaya (Dir.)/MARTÍNEZ SOTO, Tamara (Coord.), *El Estado de Derecho a prueba: seguridad, libertad y terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 119-150.
- ALDAVE ORZAIZ, Ana, *La guerra global contra el terrorismo: un análisis de la crisis del Derecho internacional antes y después del 11-S*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- ALIABASI, Navid, *Die staatsgefährdende Gewalttat*, Eine Analyse der §§ 89a, 89b und 91 StGB, Peter Lang, Frankfurt, 2017.
- ALIX, Julia, “Flux et reflux de l’intention terroriste”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, N°2, 2019, págs. 505-521.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014.
- ALONSO RIMO, Alberto, “¿Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos?: Aproximación al fundamento de la criminalización de la preparación delictiva”, *Estudios penales y criminológicos*, N°38, 2018, págs. 461-510.
- ALONSO RIMO, Alberto, “La criminalización de la preparación delictiva a través de la parte especial del Código Penal. Especial referencia a los delitos de terrorismo”, en: ALONSO RIMO, Alberto/CUERDA ARNAU, María Luisa/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 215-260.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique/TUR AUSINA, Rosario, *Derecho constitucional*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2021.

- ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando, “Suspensión individual de garantías, adecuado control parlamentario y tiempo (artículo 55.2 CE)”, en: LÓPEZ GUERRA, Luis/ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, *La defensa del Estado: actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 247-256.
- AMBOS, Kai, “Judicial creativity at the Special Tribunal for Lebanon: is there a crime of terrorism under International Law?”, *Leiden Journal of International Law*, N°24, 2011, págs. 655-675.
- AMBOS, Kai, “Our terrorists, your terrorists? The UN Security Council urges states to combat foreign terrorist fighters, but does not define terrorism”, *EJIL: Talk!*, 2014.
- AMBOS, Kai, *European Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- AMBOS, Kai, “Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?”, *RECPC*, N°22, 2020, págs. 1-27.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, *Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ARNOLD, Roberta, “The Prosecution of Terrorism as a Crime Against Humanity”, *ZaöRV*, N°64, 2004, págs. 979-1000.
- ARROYO ZAPATERO, Luis, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *REDC*, N°8, 1983, págs. 9-46.
- ARROYO ZAPATERO, Luis, “Terrorismo y sistema penal”, *Reforma política y derecho: actas del curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985, págs. 153-210.
- ARROYO ZAPATERO, Luis, “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N°1, 1987, págs. 97-110.
- ARROYO ZAPATERO, Luis/CRESPO BARQUERO, Pedro/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/ORTS BERENQUER, Enrique, *La reforma del Código Penal tras 10 años de vigencia*, Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 161-171.
- ARROYO ZAPATERO, Luis, “Lección 7. Derecho penal y Constitución (II)”, en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo/RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (Coord.), *Curso de Derecho Penal*, parte general, 3ª ed., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016, págs. 143-161.
- ASENCIO MELLADO, José María, *La Audiencia Nacional*, una visión crítica, Fundación Alternativas, Madrid, 2003.
- ASHWORTH, Andrew/ZEDNER, Lucia, *Preventive Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la legislación antiterrorista*, Servi Impresión, Madrid, 1982.
- ASÚA BATARRITA, Adela, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en: ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, 2002, págs. 41-86.
- ASÚA BATARRITA, Adela, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, ‘finalidades terroristas’, y conductas periféricas”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Edisofer, Madrid, 2006, págs. 239-276.
- AURESCU, Bodgan/GALEA, Ion, “Establishing an International Court against Terrorism”, *Revista de Drept Constitutional*, N°1, 2015, págs. 105-116.

- AVILÉS FARRÉ, Juan, “Terrorismo anarquista y terrorismo yihadí: Un análisis comparativo”, *Historia y Política*, N°27, 2012, págs. 227-249.
- AVILÉS FARRÉ, Juan/RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, José Luis, “Terroristas solitarios y comunidades en línea. La nueva amenaza de la extrema derecha violenta”, *Informe del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, N°12, 2022, págs. 1-71.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria”, *REDC*, N°20, 1987, págs. 83-98.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios constitucionales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BAILONE, Matías, “El antiterrorismo como paradigma de desaliento de la participación ciudadana”, en: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María/NIETO MARTÍN, Adán (Coord.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, págs. 529-546.
- BANDRÉS MOLET, Juan María “Veinte años de leyes y jurisdicciones especiales”, en: PÉREZ MARINO, Ventura (Coord.), *Justicia y delito*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid, 1981, págs. 39-49.
- BARATTA, Alessandro, “El concepto actual de seguridad en Europa”, *Revista catalana de seguretat pública*, N°8, 2001, págs. 17-30.
- BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios del delito*, Comares, Granada, 2004.
- BARBER BURUSCO, Soledad, “Del delito de ‘difusión’ o ‘propaganda’ terrorista a la desmesurada expansión de la punición de actos preparatorios”, *CPC*, N°116, 2015, págs. 33-74.
- BARONA VILAR, Silvia, “Justicia penal desde la globalización y la postmodernidad hasta la neomodernidad”, *Revista bolivariana de Derecho*, N°27, 2019, págs. 20-53.
- BASSIOUNI, Cherif, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984.
- BAUCELLS LLADÓS, Joan, “El nuevo derecho sancionador autoritario”, *RGDP*, N°24, 2015, págs. 1-38.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, Siglo Veintiuno de España, Madrid, 2002.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “Lección 1. El Derecho penal”, en: DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE (Coord.), *Curso de Derecho penal*, parte general, 3ª ed., 2016, págs. 1-21.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global”, en: DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes/RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón/ACALE SÁNCHEZ, María/HAVA GARCÍA, Esther (Coord.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1315-1329.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del ‘discurso del odio’”, *RDPC*, N°16, 2016, págs. 13-43.
- BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia/DE PADURA BALLESTEROS, María Teresa, “La detención incomunicada por delitos de terrorismo”, en: BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 103-144.
- BEUREN, John, “Die Bekämpfung von Al Qaida, dem sog. „Islamischen Staat“ und Boko Haram”, en: ODENDAHL, Kerstin (Ed.), *Die Bekämpfung des Terrorismus mit Mitteln des Völker- und Europarechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, págs. 171-202.

- BLANCO CORDERO, Isidoro, *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001.
- BOBILLO DE LA PEÑA, Francisco, “Constitución y legislación antiterrorista”, *REP*, N°48, 1985, págs. 47-76.
- BOISTER, Neil, “Treaty Crimes, International Criminal Court?”, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 12, N°3, 2009, págs. 341-365.
- BOIX REIG, Francisco Javier, “El principio de legalidad en la Constitución”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, N°4, 1983, págs. 7-29.
- BOIX REIG, Francisco Javier, “De nuevo sobre el principio de legalidad”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, N°15, 1986, págs. 9-28.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consecuencias sancionadoras de la radicalización terrorista de los menores de edad y su adecuación al perfil de jóvenes infractores”, en: ALONSO RIMO, Alberto/CUERDA ARNAU, María Luisa/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 677-711.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización: proyecciones en el ámbito del terrorismo”, *ADPCP*, T.70, N°1, 2017, págs. 28-71.
- BOROWSKI, Martin, “La restricción de los derechos fundamentales”, *REDC*, N°59, 2000, págs. 29-56.
- BÖSE, Martin, “Derechos fundamentales y Derecho penal como ‘derecho coactivo’”, en: HEFENDEHL, Roland/VON HIRSCH, Andrew/WOHLERS, Wolfgang (Ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 137-146.
- BÖSE, Martin, “The impact of the Framework Decisions on combating terrorism on counterterrorism legislation and case law in Germany”, en: WEYEMBERGH, Anne/GALLI, Francesca (Ed.), *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?*, Editions de l’Université Libre de Bruxelles, Bruselas, 2012, págs. 65-78.
- BOUTIN, Bérénice, “*Excesses of Counter-Terrorism and Constitutional Review in France: The Example of the Criminalisation of the Consultation of Websites*”, *VerfassungsBlog*, 5 de mayo de 2018.
- BOZA MORENO, Elena, “El enaltecimiento del terrorismo y la libertad de expresión”, en: DEL CARPIO DELGADO, Juana/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (Coord.), *Derecho Penal: la espada y el escudo de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 183-215.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito”, en: FARALDO CABANA, Patricia/PUENTE ABA, Luz María/SOUTO GARCÍA, Eva María (Coord.), *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 139-160.
- BUENO ARÚS, Francisco, *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes* (moral, derecho y política, manipulación lingüística: lenguaje jurídico y lenguaje político, discrepancias sobre el concepto y la naturaleza del terrorismo, tratamiento penal como derecho penal de excepción y derecho penal del enemigo, el terrorismo como fenómeno internacional, las últimas reformas de la legislación española), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, Vol. I, Trotta, Madrid, 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, Vol. II, Trotta, Madrid, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “In-seguridad y lucha contra el terrorismo”, en: LOSANO, Mario Giuseppe/MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, “cedant arma togae”: actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 403-410.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”, *REDC*, Año 38, N°112, 2018, págs. 45-86.
- CALLEGARI, André Luís/ARRUDA DUTRA, Fernanda, “Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol.1, Edisofer, Madrid, 2006, págs. 325-340.
- CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión penal del terrorismo*, una visión jurisprudencial, Editorial General de Derecho, Valencia, 1997.
- CAMPO MORENO, Juan, *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CAMPO MORENO, Juan Carlos, “El terrorismo global yihadista: ¿límites a un derecho penal exagerado?”, en: DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes/RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón/ACALE SÁNCHEZ, María/HAVA GARCÍA, Esther (Coord.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M^a. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1303-1313.
- 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”, *JpD*, N°44, 2002, págs. 19-26.
- CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vols. 1/2, Edisofer, Madrid, 2006.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, N°74, 2008, págs. 245-287.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Editorial Reus, Madrid, 2010.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas, Pamplona, 2011, págs. 643-670.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “El concepto jurídico-penal de terrorismo”, en: CUERDA RIEZU, Antonio Rafael (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, págs. 45-66.
- CANCIO MELIÁ, Manuel/DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2019.

- CANCIO MELIÁ, Manuel/PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Capítulo III. Principios del Derecho penal (II)”, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho penal*, Editorial BOE, Madrid, 2019, págs. 69-90.
- CANCIO MELIÁ, Manuel/PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Capítulo IV. Principios del Derecho penal (III)”, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho penal*, Editorial BOE, Madrid, 2019, págs. 91-117.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Terrorismo”, en: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (Coord.), *Memento Penal 2023*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022, [versión en línea].
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Reflexiones en torno al ‘viejo’ y al ‘nuevo’ terrorismo”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, N°7, 2009, págs. 1-30.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *Régimen penitenciario de los terroristas en España: la prisión como arma para combatir a ETA*, Dykinson, Madrid, 2012.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “La reforma de los delitos de terrorismo”, en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 905-951.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “La nueva amenaza terrorista y sus (negativas) repercusiones en el ordenamiento penal y constitucional. Comentario a la sentencia de la audiencia nacional núm. 39/2016, de 30 de noviembre”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, N°27, 2017, págs. 207-245.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel/CASTRO TOLEDO, Francisco Javier, “El camino hacia la (Ciber)Yihad. Un análisis de las fases del proceso de radicalización islamista y su interpretación por parte de los tribunales españoles a partir de los datos suministrados por sentencias judiciales”, *RECPC*, N°20-15, 2018, págs. 1-36.
- CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Colex, Madrid, 2008.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, “De los desórdenes públicos”, en: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 2089-2100.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Terrorismo: algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal”, en: GÓMEZ COLOMER, José Luis/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 49-56.
- CARRASCO ANDRINO, María del Mar, “Derechos fundamentales y legislación antiterrorista: ¿qué hemos perdido en el camino?”, *Estudios penales y criminológicos*, N°39, 2019, págs. 59-105.
- CARRASCO DURÁN, Manuel, “Medidas antiterroristas y Constitución tras el 11 de septiembre de 2001”, en: PÉREZ ROYO, Francisco Javier/CARRASCO DURÁN, Manuel (Dir.), *Terrorismo, democracia y seguridad*, en perspectiva constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 13-56.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, “El convenio europeo de derechos humanos”, en: GÓMEZ ISA, Felipe (Dir.)/PUREZA, José Manuel (Coord.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, págs. 395-440.

- CASSESE, Antonio, “Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law”, *EJIL*, Vol. 12/5, 2001, págs. 993-1001.
- CASSESE, Antonio, “The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law”, *JICJ*, Nº4, 2006, págs. 933-958.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos, “V. Terrorismo (arts. 571-580)”, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.)/HORTAL IBARRA, Juan Carlos (Coord.), *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, T.1, 2ª ed., 2019, págs. 838-853.
- CATALINA BENAVENTE, María Ángeles, “Los supuestos de detención en los casos de terrorismo, propuestas para una reforma”, en: FARALDO CABANA, Patricia/PUENTE ABA, Luz María/SOUTO GARCÍA, Eva María (Coord.), *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 171-218.
- CERRADA MORENO, Manuel, *El terrorismo, concepto jurídico*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2018.
- CERRADA MORENO, Manuel, *Terrorismo y prescripción penal: la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo en el derecho español*, Tesis inédita, Repositorio Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Derecho penitenciario*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- CHALIAND, Gérard, “Jihadism in the Age of ISIS”, en: CHALIAND, Gérard/BLIN, Arnaud (Eds.), *The History of Terrorism: From antiquity to ISIS*, California University Press, Oakland, 2016, págs. 435-451.
- CHICHARRO LÁZARO, Alicia, “Respuesta internacional al desafío de la estrategia mediática del estado islámico”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº29, 2015, págs. 1-28.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COLÁS TURÉGANO, Asunción, *Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- COLOMER BEA, David, “Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos”, *RECPC*, Nº19, 2017, págs. 1-28.
- COLOMER BEA, David, “La incriminación del terrorismo individual en la reforma penal de 2015 ¿violencia política organizada?”, en: ALONSO RIMO, Alberto/CUERDA ARNAU, María Luisa/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 135-158.
- COLOMER BEA, David, “La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº41, 2019, págs. 97-116.
- COLOMER BEA, David, *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- COOK, Joana/VALE, Gina, “From Daesh to ‘Diaspora’: Tracing the Women and Minors of Islamic State”, *International Centre for the Studies of Radicalisation*, Department of War Studies, Kings College, 2018, págs. 1-72.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales”, *Revista de Derechos Fundamentales*, Nº8, 2012, págs. 45-76.

- CORRECHER MIRA, Jorge, “El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo”, *RGDP*, N°27, 2017, págs. 1-16.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “La protección extraordinaria del Estado”, en: GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo/PREDIERI, Alberto (Dir.), *La Constitución española de 1978*, Comentario sistemático, Civitas, Madrid, 1981, págs. 689-720.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *REDC*, N°25, 1989, págs. 35-62.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Entre proporcionalidad e identidad: Las claves de la excepcionalidad en el momento actual”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, N°27, 2017, págs. 261-271.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento”, *RGDP*, N°8, 2007.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “Terrorismo y libertades políticas”, *TEORDER*, N°3, 2008, págs. 61-97.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “El tratamiento del orden público”, en: CRESPO BARQUERO, Pedro, *Curso: La reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015*, 2015, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2015.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “La radicalización terrorista de menores y jóvenes vulnerables (una aproximación de urgencia)”, en: CUERDA ARNAU, María Luisa (Dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (Coord.), *Menores y Redes Sociales*, Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 466-516.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tecnovigilancia. Visión de conjunto”, en: ALONSO RIMO, Alberto/CUERDA ARNAU, María Luisa/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 509-542.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal”, en: DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes/RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón/ACALE SÁNCHEZ, María/HAVA GARCÍA, Esther (Coord.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1397-1411.
- CUERDA ARNAU, María Luisa/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “La Doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *InDret*, N°2, 2022, págs. 88-131.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “Delitos contra la libertad. Amenazas, coacciones”, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 171-199.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “Delitos contra el orden público”, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 807-869.
- CUERDA RIEZU, Antonio, “Proporcionalidad, efecto, desaliento y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna”, en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.), *La ciencia del derecho penal ante el*

- nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 237-256.
- CUERDA RIEZU, Antonio, “La necesidad de modificar la normativa antiterrorista por motivos constitucionales, tras el fin de la actividad armada de ETA”, en: CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, págs. 13-25.
- DAVIES-BRIGHT, Lydia, “Terrorism: A threat to Security?”, en: FOOTER, Mary/SCHMIDT, Julia/WHITE, Nigel/DAVIES-BRIGHT, Lydia (Ed.), *Security and International Law*, Hart Publishing, Oregon, 2016, págs. 207-247.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- DE CASTRO CID, Benito, “Derechos humanos y Constitución”, *REP*, N°18, 1980, págs. 121-152.
- DE COENSEL, Stéphanie, “Terrorists on the Move: A Legitimacy Test of the Criminal Law Approach on Foreign Fighters in Western Europe”, *EuCLR European Criminal Law Review*, N°10, Heft 2, 2020, [Final manuscript, version sin paginar].
- DE HERT, Paul/PAPAKONSTANTINOU, Vagelis, “Repeating the mistakes of the past will do little good for air passengers in the EU: the comeback of the EU PNR Directive and a lawyer’s duty to regulate profiling”, *New Journal of European Criminal Law*, N°6 (2), 2015, págs. 160-165.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Derecho penal internacional y derechos humanos”, en: BERISTAIN IPIÑA, Antonio/DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (Dir.), *Protección de los Derechos Humanos en Derecho Penal Internacional y Español (VII Cursos de Verano en San Sebastián)*, Editorial UPV/EHU, Bilbao, 1989, págs. 11-20.
- DE LUIS GARCÍA, Elena, “Derechos humanos y justicia penal: ¿límite o fundamento?”, en: BARONA VILAR, Silvia (Ed.), *Claves de la justicia penal: feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 619-634.
- DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “Parte II”; en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo/DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 93-170.
- DE PRADA SOLAESA, José Ricardo, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, *JpD*, N°25, 1996, págs. 73-77.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, “La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuesta de las democracias al terrorismo”, *RDP*, N°61, 2004, págs. 11-36.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “¿Hacia el Derecho penal de la posmodernidad?”, *RECPC*, N°11, 2009, págs. 1-64.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “El ‘Derecho penal del enemigo’ Darf nicht sein!, sobre la legitimidad del llamado ‘Derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, en: GARCÍA RIVAS, Nicolás/RODRÍGUEZ YAGÜE, Ana Cristina (et. al.), *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Ediciones Bomarzo, Albacete, 2007, págs. 123-148.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Constitución y sanción penal”, *Libertas*, N°1, 2013, págs. 57-110.

- DENNINGER, Erhard, “Prevención y libertad: sobre el orden de la libertad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº43, 2009, págs. 39-57.
- DI FILIPPO, Marcello, “Terrorist crimes and international co-operation: critical remarks on the definition and inclusion of terrorism in the category of international crimes”, *EJIL*, Nº19, 2008, págs. 533-570.
- DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio, “Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional”, en: DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes/RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón/ACALE SÁNCHEZ, María/HAVA GARCÍA, Esther (Coord.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1347-1358.
- DÍAZ GÓMEZ, Andrés, “Líneas político-criminales de la ejecución penal de personas condenadas por delitos de terrorismo”, en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo/PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016, págs. 205-225.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, “Lección 20”, en: GIMENO SENDRA, José Vicente/DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel/CALAZA LÓPEZ, Sonia, *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 385-406.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Asociación ilícita”, en: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Dir.), *EPB*, Comares, Granada, 2002, págs. 103-114.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Conspiración, proposición y provocación”, en: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Dir.), *EPB*, Comares, Granada, 2002, págs. 299-310.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Delitos contra el orden público”, en: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Dir.), *EPB*, Comares, Granada, 2002, págs. 366-369.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Desórdenes públicos”, en: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Dir.), *EPB*, Comares, Granada, 2002, págs. 586-597.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Principios de lesividad y conexos, libertad de expresión y delitos de odio. Breves reflexiones desde el derecho español”, en: RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón/GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria (Coord.), *Transiciones de la política penal ante la violencia: realidades y respuestas específicas para Iberoamérica*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2019, págs. 197-220.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, *REDC*, Nº75, 2005, págs. 59-106.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº22, 2005, págs. 13-52.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María, “El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas”, en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 127-183.
- DUFFY, Helen, *The ‘War on Terror’ and the Framework of International Law*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- EBILE NSEFUM, Joaquín, *El delito de terrorismo, su concepto*, Montecorco, Madrid, 1985.
- ECHANIZ CARASUSAN, Román, “Ertzaintza, periciales y autoadoctrinamiento”, *Análisis GESI*, Análisis 7, 2017.

- ESCRIVÁ GREGORI, José María, “Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución”, *Papers: Revista de Sociología*, Nº13, 1980, págs. 141-163.
- ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa, “El régimen de incomunicación en el ordenamiento jurídico español, Breves observaciones tras su reforma por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre”, en: LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (Dir.)/GARRO CARRERA, Enara (Coord.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 275-295.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, *Excepcionalidad antiterrorista en la acumulación y ejecución de las penas de prisión*, ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Dir. Tesis), Universidad de Deusto, 2015.
- ETXEBERRÍA GABILONDO, Francisco/MARTÍN BERISTAIN, Carlos/PEGO OTERO, Laura, “Proyecto de investigación de la tortura y malos tratos en el País Vasco entre 1960-2014”, encargado por la Secretaría General de Derechos Humanos, Convivencia y Cooperación del Gobierno Vasco, 2017.
- ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, “Particularidades procesales en materia terrorista: Análisis de su constitucionalidad y su justificación”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº36, 1, 1993, págs. 61-124.
- FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria, “La calificación del conflicto armado en Irak y Siria como conflicto armado de carácter no internacional”, en: MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen/ABAD CASTELOS, Montserrat/CASADO RAIGÓN, Rafael (Dir.)/MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique (Coord.), *Las amenazas a la seguridad internacional hoy*, 2017, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 237-248.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, Pablo, *La defensa de la constitución*, el derecho de emergencia constitucional y el artículo 55 CE, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2020.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Gabriel, “Revisión crítica de los delitos contra discursivos en España a la luz de un concepto de terrorismo materialmente fundamentado”, *Revista penal México*, Nº21, 2022, págs. 141-166.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, “La reforma penal de 2015 en materia de terrorismo: el caso de los principios limitadores del *ius puniendi*”, en: CUERDA ARNAU, María Luisa/GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Coord.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 113-134 [versión en línea].
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La suspensión individual del ejercicio de derechos fundamentales”, *REP*, Nº35, 1983, págs. 123-182.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La teoría de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *REDC*, Nº39, 1993, págs. 195-247.
- FERRAJOLI, Luigi, *Razones jurídicas para el pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, “El derecho penal de enemigo y la disolución del derecho”, *JpD*, Nº57, 2006, págs. 3-10.
- FERRAJOLI, Luigi, “Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2009, Nº9, págs. 13-33.

- FERRAJOLI, Luigi, “El principio de lesividad como garantía penal”, *Nuevo Foro Penal*, N°79, 2012, págs. 100-114.
- FOSSAS ESPADALER, Enric, “Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional”, *REDC*, N°103, 2015, págs. 305-332.
- 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”, *RDPC*, N°15, 2016, págs. 95-138.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “Los nuevos instrumentos de prevención y lucha contra el nuevo terrorismo: malas noticias para la intimidad y otros derechos fundamentales”, en: COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (Dir.)/OUBIÑA BARBOLLA, Sabela/CATALINA BENAVENTE, María Ángeles (Coord.), *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2017, págs. 81-117.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “El delito de enaltecimiento terrorista: ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, *Estudios penales y criminológicos*, N°38, 2018, págs. 245-304.
- GARAT, María Paula, *Los derechos fundamentales ante el orden público: una reformulación actual en el constitucionalismo español y uruguayo*, Tesis doctoral inédita, Repositorio Universidad de Sevilla, 2019.
- GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel, “Título XXII. Delitos contra el orden público”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.)/MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. II, 2016, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, págs. 1759-1945.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Sección 2ª. De los delitos de terrorismo”, en: CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.), *Comentarios al Código Penal: parte especial*, T.II, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 2603-2633.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes/BOTELLA CORRAL, Joan (Dir.), *Malas noticias: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El poder punitivo en el estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “La tipificación ‘europea’ del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectiva”, *RGDP*, N°4, 2005, págs. 1-28.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Legislación española y delito de terrorismo”, en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo/PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016, págs. 87-102.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, “Instrumentos internacionales en la lucha contra el terrorismo (ONU)”, en: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 75-104.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, “Revisión de algunas cuestiones ‘incuestionables’ acerca de los delitos de terrorismo y la protección de los derechos fundamentales”, *RGDP*, N°35, 2021, [versión sin paginar].

- GARCÍA VALDÉS, Carlos, “La legislación antiterrorista española”, *La ley penal*, N°74, 2010, págs. 65-84.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos/MESTRE DELGADO, Esteban/FIGUEROA NAVARRO, María Carmen, *Lecciones de Derecho penal: parte especial (adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)*, Edifoser, Madrid, 2011, 1ª ed., pág. 273.
- GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, Roberto, “Terrorismo y tipificación penal”, *Cuadernos de derecho público*, N°11, 2000, págs. 235-243.
- GARCÍA-CALVO, Carola, “El papel de las mujeres en la yihad global”, *Revista de Occidente*, N°406, 2015, págs. 35-48.
- GARCÍA-CALVO, Carola, “‘No hay vida sin yihad y no hay yihad sin hégira’: la movilización yihadista de mujeres en España, 2014- 2016”, *ARI Real Instituto Elcano*, N°28, 2017, págs. 1-15.
- GARMS, Ulrich, “The preventive criminal justice strategy against terrorism and its human rights implications”, en: NOWAK, Manfred/CHARBORD, Anne (Ed.), *Using human rights to counter terrorism*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2018, págs. 265-299.
- GARRIDO MUÑOZ, Asier, “Un nuevo cortocircuito legislativo en Naciones Unidas: la Resolución 2178 (2014) del CS de Naciones Unidas relativa a los combatientes terroristas extranjeros”, *REDI*, Vol. 67, N°1, 2015, págs. 303-307.
- GASSER, Hans-Peter, “Acts of terror, ‘terrorism’ and international humanitarian law”, *IRRC*, Vol. 84, N°847, 2002, págs. 547-570.
- GEPC, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GEPC, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GHERBAOUI, Tarik/SCHEININ, Martin, “Time to Rewrite the EU Directive on Combating Terrorism”, *VerfassungsBlog*, 25 de enero de 2022.
- GIL GIL, Alicia “La expansión de los delitos de terrorismo en España a través del delito de pertenencia a organización terrorista”, en: AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (Ed.), *Terrorismo y derecho penal*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín-Bogotá, 2015, págs. 331-364.
- GIL GIL, Alicia/MACULAN, Elena, “Qué es el Derecho penal internacional”, en: GIL GIL, Alicia/MACULAN, Elena (Dir.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 37-49.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1999.
- GIMENO SENDRA, José Vicente, “Primera Parte. Fuentes, función, Constitución y proceso penal”, en: GIMENO SENDRA, José Vicente/DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel/CALAZA LÓPEZ, Sonia, *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 15-60.
- GINSBORG, Lisa, “One step forward, two steps back: The Security Council, ‘foreign terrorist fighters’ and human rights”, en: NOWAK, Manfred/CHARBORD, Anne (Ed.), *Using human rights to counter terrorism*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2018, págs. 195-235.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1988.

- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *El Derecho penal de autor: desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, en: MIR PUIG, Santiago/QUERALT JIMÉNEZ, Joan (Dir.)/CARPIO BRIZ, David (Coord.), *La seguridad pública ante el Derecho penal*, Edisofer-Bdef, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2010, págs. 59-88.
- GÓMEZ RIVERO, María Carmen, “Desórdenes públicos y terrorismo”, en: GALÁN MUÑOZ, Alfonso/GÓMEZ RIVERO, María Carmen (Dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 353-395.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2003.
- GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo, “Las oleadas históricas de la violencia terrorista: una reconsideración”, *Revista de Psicología Social*, N°24:2, 2009, págs. 119-137.
- GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo, *El laboratorio del miedo, Una historia general del terrorismo*, Editorial Crítica, Barcelona, 2012.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en: GÓMEZ COLOMER, José Luis/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del ‘Derecho penal del enemigo’”, *Revista penal*, N°19, 2007, págs. 52-69.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, “El uso de nuevas tecnologías en la investigación de delitos de terrorismo”, en: ALONSO RIMO, Alberto/CUERDA ARNAU, María Luisa/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 543-578.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Bien jurídico y Constitución: (bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1983.
- GONZÁLEZ VAZ, Carmen, *El delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP)*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2021.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier, “Los atentados del 11 de septiembre, la operación ‘libertad duradera’ y el derecho de legítima defensa”, *REDI*, Vol. 53, N°1/2, 2001, págs. 247-271.
- GÓRRIZ ROYO, Elena, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha, ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, *TEORDER*, N°14, 2013, págs. 196-229.
- GÓRRIZ ROYO, Elena, “Contraterrorismo emergente a raíz de la reforma penal de LO 1/2019 de 20 de febrero y de la Directiva 2017/541/EU: ¿europeización del derecho penal del enemigo?”, *RECPC*, N°22, 2020, págs. 1-55.
- GRECO, Luis, “Acerca del llamado Derecho penal del enemigo”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Edisofer, Madrid, 2006, págs. 1081-1111.
- GREENE, Alan, “Defining Terrorism: One Size Fits All?”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 66, 2017, págs. 411-440.

- GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, “Inserción de las FAS en un sistema integral de intervención: terrorismo, inmigración ilegal, crimen organizado, protección en el ámbito civil”, *Revista Ejército*, N°846, 2011, págs. 54-56.
- GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, “Seguridad, Constitución y lucha contra el terrorismo, una perspectiva de derecho constitucional europeo”, en: BALAGUER CALLEJÓN, Francisco/TUDELA, José (Coord.), *Perspectivas actuales del proceso de integración europea*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico, Zaragoza, 2019, págs. 93-112.
- GÜNTHER, Klaus, “Ciudadano cosmopolita, entre libertad y seguridad”, en: LEYVA MARTÍNEZ, Gustavo (Coord.), *La teoría crítica y las tareas actuales de la crítica*, Antrophos, Barcelona, 2005, págs. 353-374.
- GÜNTHER, Klaus, “Responsibility to Protect and Preventive Justice”, en: ASHWORTH, Andrew/ZEDNER, Lucia/TOMLIN, Patrick (Ed.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, págs. 69-90.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, “El terrorismo como delito común”, en: AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (Ed.), *Terrorismo y derecho penal*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín-Bogotá, 2015, págs. 401-437.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn, una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003.
- HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Comares, Granada, 2003.
- HASSEMER, Winfred, “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, *ADPCP*, T.45, 1992, págs. 235-250.
- HERZOG, Felix, “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo: (perspectivas más allá del Derecho penal)”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán/NEUMANN, Ulfrid, *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, págs. 249-258.
- HMOUD, Mahmoud, “Negotiating the Draft Comprehensive Convention on International Terrorism”, *JICJ*, N°4, 2006, págs. 1031-1043.
- HOFFMAN, Bruce, *Inside Terrorism*, 3ª ed., Columbia University Press, Nueva York, 2017.
- HOMOLAR, Alexandra/RODRÍGUEZ-MERINO, Pablo, “Making sense of terrorism: a narrative approach to the study of violent events”, *Critical Studies on Terrorism*, N°12:4, 561-581.
- HÖRNLE, Tatiana, “La protección de sentimientos en el StGB”, en: HEFENDEHL, Roland/VON HIRSCH, Andrew/WOHLERS, Wolfgang (Ed.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 375-392.
- HUERTA TOCILDO, Susana, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *REDC*, N°39, 1993 págs. 81-114.
- HUERTA TOCILDO, Susana, “Artículo 25.1: El derecho a la legalidad penal”, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel/CASAS BAAMONDE, María Emilia (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, T.I, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, págs. 897-929.

- HUESA VINAIXA, Rosario, “El Derecho internacional y el desafío de la seguridad humana”, en: MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen/ABAD CASTELOS, Montserrat/CASADO RAIGÓN, Rafael (Dir.)/MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique (Coord.), *Las amenazas a la seguridad internacional hoy*, 2017, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 29-54.
- HUSTER, Stefan, “Terrorismo y derechos fundamentales”, en: HUSTER, Stefan/GARZÓN VALDÉS, Ernesto/MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Terrorismo y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, págs. 9-30.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Assessing Damage, Urging Action: Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights*, Ginebra, 2009.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Lucha contra el terrorismo y promoción y protección de derechos humanos ante los tribunales, Orientaciones a jueces, fiscales y abogados sobre la aplicación de la Directiva (UE) 2017/541 de la Unión Europea relativa a la lucha contra el terrorismo*, Ginebra, 2020, págs. 1-50.
- IRIGOYEN CHÁVEZ, Sara, “EL Estado Islámico y la justicia penal internacional”, en: GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo (Dir.)/CERVELL HORTAL, María José (Coord.), *El Estado Islámico (DAESH): ¿aprenderemos la lección?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 301-338.
- ISENSEE, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, De Gruyter, Berlín-Nueva York, 1983.
- JACKSON, Richard/BREEN-SMYTH, Marie/GUNNING, Jeroen/JARVIS, Lee, *Terrorism: A Critical Introduction*, Red Globe Press, Londres, 2011.
- JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996.
- JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Estudios de Derecho Penal*, UAM-Civitas, Madrid, 1997, págs. 293-324.
- JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.
- JAKOBS, Günther, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, *HRRS*, N°3, 2004, págs. 88-95.
- JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004.
- JAKOBS, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, Madrid, 2006, págs. 77-92.
- JARIA I MANZANO, Jordi, “La Constitución y el proceso penal: cuestiones fundamentales”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/JARIA I MANZANO, Jordi/PIGRAU I SOLÉ, Antoni (Coord.), *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 178-220. [Versión en línea].
- JAVATO MARTÍN, Antonio, “Rebelión y terrorismo. A propósito de las acciones de *tsunami democràtic* y los CDR vinculadas al *procés*”, en: GALÁN MUÑOZ, Alfonso/GÓMEZ RIVERO, María Carmen (Dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 397-424.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales”, en: ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, T.IV, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996, págs. 439-529.

- JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, “Derecho Internacional Penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, en: SOROETA LICERAS, Juan (Ed.), *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional*, Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. 6, Servicio Editorial UPV/EHU, Bilbao, 2006, págs. 303-348.
- JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, “Combatientes terroristas extranjeros y conflictos armados: utilitarismo inmediato ante fenómenos no resueltos y normas no consensuadas”, *REDI*, Vol. 68, Nº2, 2016, pág. 277-301.
- JUAN SÁNCHEZ, Ricardo, “El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español”, *InDret*, Nº4, 2017.
- JUANATEY DORADO, Carmen, “Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015”, *CPC*, Nº120, 2016, págs. 39-82.
- JUANES PECES, Ángel, “La Audiencia Nacional: perspectivas de futuro”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Nº5, 2012, págs. 483-489.
- KILPATRICK, Jane, “When a temporary state of emergency becomes permanent, France as a case study”, *Transnational Institute*, 2020, págs 1-32.
- KIRSCH, Stefan/OEHMICHEN, Anna, “Die Erfindung von ‚Terrorismus‘ als Völkerrechtsverbrechen durch den Sondergerichtshof für den Libanon”, *ZIS*, Nº10, 2011, págs. 800-810.
- KRAMER, Ronald/MICHALOWSKI, Raymond, “War, aggression and state crime: a criminological analysis of the invasion and occupation of Iraq”, *The British Journal of Criminology*, Vol. 45, Nº4, 2005, págs. 446-469.
- KURTH CRONIN, Audrey, “ISIS is not a Terrorist Group. Why Counterterrorism won’t stop the latest Jihadist Threat”, *Foreign Affairs*, marzo/abril, 2015, págs. 87-98.
- LACASTA ZABALZA, José Ignacio, “El pensamiento jurídicamente correcto: sobre los límites implícitos para la libertad de crítica del sistema estatal y constitucional español”, *Príncipe de Viana. Suplemento de ciencias sociales*, Nº16, 1997, págs. 41-75.
- LAGODNY, Otto, “El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional”, en: HEFENDEHL, Roland/VON HIRSCH, Andrew/WOHLERS, Wolfgang (Ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 123-130.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”, *ADPCP*, T. 42, Fasc/Mes 3, 1989, págs. 955-988.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Apología, un residuo de incriminación de la disidencia”, *La ley penal*, Nº28, 2006, págs. 41-51.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Legislación penal española y delitos de terrorismo: la suspensión de garantías”, en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo/PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016, págs. 173-191.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La definición del terrorismo”, en: CUERDA RIEZU, Antonio Rafael (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, págs. 27-44.

- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La excepcionalidad procesal en materia de terrorismo. Una visión general”, en: CUERDA RIEZU, Antonio Rafael (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, págs. 197-210.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Tema 25. Delitos contra el orden público”, en: LAMARCA PÉREZ, Carmen (Coord.), *Delitos: la parte especial del Derecho penal*, 1ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, págs. 963-1003.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La dimensión política del terrorismo”, en: DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes/RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón/ACALE SÁNCHEZ, María/HAVA GARCÍA, Esther (Coord.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1331-1345.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, “En torno a las últimas reformas penitenciarias. Con especial atención al tratamiento de conductas delictivas de terrorismo”, en: *Derechos, libertades y razón de Estado (1996-2005)*, Lete, Pamplona, 2005, págs. 47-87.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, “La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española”, *RECPC*, N°12-10, 2010, págs. 1-30.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, “Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza?: Con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, *RECPC*, N°17, 2015, págs. 1-42.
- LAQUEUR, Walter, *The new terrorism: Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 1999.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Sólo penas legales, precisas y previas. El derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional”, *InDret*, N°3/2012, pág. 29.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Capítulo II. Principios del Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal”, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho penal*, Editorial BOE, Madrid, 2019, págs. 47-68.
- LAZARUS, Liora, “Mapping the Right to Security”, en: GOOLD, Benjamin/LAZARUS, Liora, *Security and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2007, págs. 325-346.
- LAZARUS, Liora, “Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?”, en: ROBERTS, Julian/ZEDNER, Lucia (Ed.), *Principled Approaches to Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Professor Andrew Ashworth*, Oxford University Press, Oxford, 2012, págs. 135-155.
- LAZKANO BROTONS, Iñigo/LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, “Artículo 15. Derogación en caso de estado de urgencia”, en: LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, comentario sistemático, 4ª ed., Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2021, págs. 894-918.
- LEAL MEDINA, Julio, “El derecho a la seguridad colectiva: un derecho fundamental en permanente expansión y progresión”, *La Ley*, N°5, 2005, págs. 1170-1178.
- LEPSIUS, Oliver, “Freiheit, Sicherheit und Terror: die Rechtslage in Deutschland”, *Leviathan*, Vol. 32, N°1, 2004, págs. 64-88.

- LLABRÉS FUSTER, Antoni, “La nueva regulación de la proposición para delinquir (art. 17.2 CP)”, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.)/GÓRRIZ ROYO, Elena/MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (Coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 69-105 [versión en línea].
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*, Wolters Kluwer, Madrid, 2010.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, “Lobos solitarios yihadistas: ¿terroristas, asesinos o creyentes? Retorno a un Derecho penal de autor”, en: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.)/RUIZ ARIAS, Miriam (Ed.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2017, págs. 87-103.
- LOPERA MESA, Gloria, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- LOPERA MESA, Gloria, “Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal”, en: MIR PUIG, Santiago/QUERALT JIMÉNEZ, Joan (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 105-138.
- LÓPEZ BASAGUREN, Alberto/MAESTRO BUELGA, Gonzalo, “Garantismo, emergencia y suspensión de Derechos fundamentales en la legislación de excepción”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº21, 1988, págs. 33-76.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás, “El concepto de terrorismo: ¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº19, 2002, págs. 51-71.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, *Terrorismo, política y Derecho*, la legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego/MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, “Lección 31. Constitución y derechos. La teoría general de los derechos fundamentales”, en: LÓPEZ GARRIDO, Diego (Dir.), *Lecciones de Derecho constitucional de España y de la Unión Europea*, 2º ed., Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 27-54.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José/ALCOCEBA GIL, Juan Manuel, “Prevenir y evitar: consideraciones en torno a un modelo de intervención penal anticipativa”, en: JUANATEY DORADO, Carmen/SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, Natalia (Dir.), *Derechos del condenado y necesidad de pena*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2018, págs. 89-116.
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable”, *RECPC*, Nº20, 2018, págs. 1-49.
- LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia, “El Estado Islámico y el Derecho internacional humanitario”, en: GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo (Dir.)/CERVELL HORTAL, María José (Coord.), *El Estado Islámico (DAESH): ¿aprenderemos la lección?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 225-300.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 [Versión en línea].

- MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio, “Libertad de expresión, terrorismo y límites de los Derechos fundamentales”, *RDP*, N°69, 2007, págs. 181-222.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes”, *ADPCP*, T. 39, Fasc/Mes 2, 1986, págs. 423-486.
- MARTÍN VILLA, Rodolfo, *Al servicio del Estado*, Planeta, Barcelona, 1984.
- MARTÍNEZ CUEVAS, Dolores, *La suspensión individual de derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento constitucional español: un instrumento de defensa de la Constitución de 1978*, Comares, Granada, 2002.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía/MIRA BENAVENT, Javier, *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones: vulneración del derecho fundamental de reunión y manifestación en la instrucción de procesos por delito de pertenencia a organización terrorista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos?: Sobre el nuevo papel de los derechos fundamentales en el discurso jurídico-penal”, en: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador/CUERDA ARNAU, María Luisa/GÓRRIZ ROYO, Elena (Ed.), *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal: (dos seminarios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 267-291.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco, “Cuarenta años de Constitución en la lucha contra el terrorismo”, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N°104, 2018.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad, STC 136/199, de 20 de julio”, *Persona y Derecho*, N°54, 2006, págs. 75-118.
- MCALLISTER, Bradley/SCHMID, Alex, “Theories of terrorism”, en: SCHMID, Alex (Ed.), *The Routledge Handbook of Terrorism Research*, Routledge, Londres-Nueva York, 2011, págs. 201-271.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, “La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador [art. 53.1 CE]”, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel/CASAS BAAMONDE, María Emilia (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, T.I, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, págs. 1456-1472.
- MENDOZA CALDERÓN, Silvia, “El delito de terrorismo como crimen internacional: su consideración como crimen de lesa humanidad”, en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo/PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016, págs. 47-60.
- MENKE, Christoph/POLLMANN, Arnd, *Filosofía de los derechos humanos*, Herder, Barcelona, 2010.
- MERARI, Ariel, “Terrorism as a Strategy of Insurgency”, en: CHALIAND, Gérard/BLIN, Arnaud (Eds.), *The History of Terrorism: From antiquity to ISIS*, California University Press, Oakland, 2016, págs. 12-51.
- MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

- MESTRE DELGADO, Esteban, *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraleales de justificación penal*, Edisofer, Madrid, 2001.
- MICHAELSEN, Christian, “Balancing Civil Liberties against National Security? A critique of counterterrorism rhetoric”, *University of New South Wales Law Journal*, N°29(2), 2006, págs. 1-21.
- MIR PUIG, Santiago, “Derechos humanos y límites del Derecho penal”, en: BERISTAIN IPIÑA, Antonio/DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, Instituto Vasco de Criminología, Donostia-San Sebastián, 1985, págs. 463-479.
- MIR PUIG, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en: MIR PUIG, Santiago/QUERALT JIMÉNEZ, Joan (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 67-104.
- MIR PUIG, Santiago, *Bases constitucionales del Derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- MIRA BENAVENT, Javier, “¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?”, *Estudios penales y criminológicos*, N°22, 1999-2000, págs. 103-152.
- MIRA BENAVENT, Javier, “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional”, en: ALONSO RIMO, Alberto/CUERDA ARNAU, María Luisa/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 299-330.
- MOLINA ÁLVAREZ, Inés, “Capítulo CXL - Algunas consideraciones críticas sobre la regulación de los desórdenes públicos terroristas introducida por la LO 2/2015”, en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/LOMBANA VILLALBA, Jaime Augusto/ROSO CAÑADILLAS, Raquel/TRAPERO BARREALES, María/OLAIZOLA NOGALES, Inés/PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/DE VICENTE REMESAL, Javier (Dir.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Vol. II, Editorial Reus, Madrid, 2020, págs. 1771-1780.
- MOLINA ÁLVAREZ, Inés, “La respuesta jurídico-penal frente al fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros”, *CPC*, N°130, 2020, págs. 113-147.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Formas imperfectas de ejecución”, en: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (Coord.), *Memento Penal 2023*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022, [Versión en línea].
- MONTALVO ABIOL, Juan Carlos, “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *RJUAM*, N°22, 2010-II, págs. 197-222.
- MORALES PRATS, Fermín, “Adecuación social y tutela penal del honor”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1987, N°12, págs. 251-320.
- MORALES PRATS, Fermín, “Capítulo II. De las causas que eximen la responsabilidad criminal (arts. 19 a 20.7º)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.)/MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, 7ª ed., Vol. I, 2016, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, págs. 182-271.

- MORENO CATENA, Víctor, “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, en: GÓMEZ COLOMER, José Luis/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 369-398.
- MORENO CATENA, Víctor/CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MOTILLA DE LA CALLE, Agustín, “Problemas y retos de la inmigración islámica de Europa: la posición de la Unión Europea”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, Nº9, 2011, págs. 7-26.
- MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho constitucional español*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Manual de Derecho penal, parte especial*, 24ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, “Capítulo XVII. El sistema de derechos constitucionales y sus garantías”, en: VARIOS AUTORES, *Manual de Derecho Constitucional*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2021, págs. 431-462.
- NOVAK TALAVERA, Fabián, “La intervención de los Estados Unidos de América en Afganistán: ¿hecho ilícito internacional?”, *Agenda Internacional*, Año VII, Nº16, 2002, págs. 21-39.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas: sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 109-110.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Algunas consideraciones sobre la trasposición al Derecho penal español de la Directiva 2017/541/UE del Parlamento europeo y del Consejo, en materia de terrorismo: ¿una tarea necesaria?”, en: GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 229-280.
- OEHMICHEN, Anna, *Terrorism and anti-terror legislation - the terrorised legislator? A comparison of counter-terrorism legislation and its implications on human rights in the legal systems of the United Kingdom, Spain, Germany, and France*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.
- OLÁSULO ALONSO, Héctor/PÉREZ CEPEDA, Ana, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo, “Capítulo 72. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO (VI): De las organizaciones y grupos terroristas. Delitos de terrorismo”, en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Sistema de Derecho penal: parte especial*: 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2021, págs. 1579-1614.
- ORBEGOZO ORONOZ, Izaskun/PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel/PEGO OTERO, Laura, *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo: especial consideración de la detención incomunicada*, Ararteko: Defensor del Pueblo del País Vasco, Vitoria, 2009.
- ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Introducción al Derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Caso ‘Aturem el Parlament’ una cuestión de atipicidad, no (sólo) de ponderación”, en: CUERDA ARNAU, María Luisa/GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Coord.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 171-192 [Versión en línea].
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “El ‘terrorista’ ante el Derecho penal: por una política criminal intercultural”, *Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, Nº74, 2010, págs. 99-177.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, en: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho, LH a Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 911-986.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, *Eguzkilore*, Nº20, 2006, págs. 129-149.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Libertad, seguridad y delitos de amenazas”, *Estudios penales y criminológicos*, Nº29, 2009, págs. 363-419.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “La impunidad como práctica interpretativa: sobre el desprecio de la jurisdicción penal por el derecho internacional de los derechos humanos”, en: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo/GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta/VILLA SIEIRO, Sonia Victoria (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, págs. 491-504.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización”, *Anatomia do Crime*, Nº4, 2016, págs. 29-46.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político militares”, en: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.)/RUIZ ARIAS, Miriam (Coord.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 179-207.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización”, en: ALONSO RIMO, Alberto/CUERDA ARNAU, María Luisa/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 63-94.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho internacional público y Organizaciones Internacionales*, 26ª ed., Tecnos, Madrid, 2022.
- PASTRANA SÁNCHEZ, María Alejandra, *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, Editorial BOE, Madrid, 2020.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- PERANDONES ALARCÓN, María, “Sobre la negación práctica de la doble naturaleza jurídica de la legalidad penal”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº36, 2020, págs. 394-409.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal”, en: GARCÍA RIVAS, Nicolás/RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (et. al.), *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Ediciones Bomarzo, Albacete, 2007, págs. 85-117.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista”, en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo/PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.),

- Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, 2016, págs. 17-34.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch: Universidad de Salamanca, Valencia, 2017.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “La crisis del Estado de Derecho al afrontar la definición de Terrorismo internacional”, en: MORALES PRATS, Fermín/TAMARIT SUMALLA, Josep María/GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel (Coord.), *Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 2018, págs. 1011-1034.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, “La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo, ¿una medida lesiva de derechos humanos?”, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio (Dir.), *Aplicación de la normativa antiterrorista*, IVAC/KREI, Donostia, 2008, págs. 167-202.
- PÉREZ TREMP, Pablo, “Lección 6. Los derechos fundamentales”, en: LÓPEZ GUERRA, Luis/ESPÍN TEMPLADO, Eduardo/GARCÍA MORILLO, Joaquín/PÉREZ TREMP, Pablo/SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel, *Derecho constitucional*, El ordenamiento constitucional, Derechos y deberes de los ciudadanos, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 127-144.
- PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Carmen, *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PETERS, Anne, “Security Council Resolution 2178 (2014): the 'Foreign Terrorist Fighter' as an International Legal Person”, *EJIL: Talk!*, 2014.
- PETZSCHE, Anneke, “La criminalización de los actos preparatorios como desafío al principio del hecho: la perspectiva alemana”, en: MARAVER GÓMEZ, Mario/POZUELO PÉREZ, Laura (Coords.), *La crisis del principio del hecho en Derecho Penal*, Reus, Madrid, 2020, págs. 1-30.
- PETZSCHE, Anneke, *Strafrecht und Terrorismusbekämpfung*, Eine vergleichende Untersuchung der Bekämpfung terroristischer Vorbereitungshandlungen in Deutschland, Großbritannien und Spanien, Nomos, Baden-Baden, 2013.
- PETZSCHE, Anneke, “Zur Verfassungsmäßigkeit von Vorfelddelikten bei der Terrorbekämpfung”, *HRRS*, 1/2015, págs. 33-36.
- PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge, “La vuelta de la UE a reaccionar frente a atentados y la Directiva (UE) 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo”, *RGDE*, N°44, 2018, págs. 55-93.
- PINO GAMERO, Esther, *La lucha contra la tortura en el orden internacional*, excusas contemporáneas para justificar la tortura en el mundo occidental, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2017.
- PITCH, Tamar, “El tema de la seguridad”, *Soft Power*, Vol. 3, N°1, 2016, págs. 74-97.
- POKALOVA, Elena, *Returning Islamist Foreign Fighters: Threats and Challenges to the West*, Palgrave Macmillan, Cham, 2020.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, T.I, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2017.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.

- POMARES CINTAS, Esther, *La deriva del Derecho penal y la democracia*, la lucha antiterrorista como rastreo de embriones de sospecha, Dykinson, Madrid, 2022.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal de la libertad y seguridad (de los Derechos)*, Iustel, Madrid, 2012.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Excepcionalidad permanente y Derecho penal”, en: DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/GÓMEZ INIESTA, Diego/MARTÍN LÓPEZ, Teresa/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta/NIETO MARTÍN, Adán (Ed.), *Libro Homenaje a Luis Arroyo Zapatero*, Un Derecho penal humanista, Vol. I, Ediciones BOE, Madrid, 2021, págs. 583-597.
- POZO SERRANO, María Pilar, “El uso de la fuerza contra el Estado Islámico en Irak y Siria: problemas de fundamentación jurídica”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, N°32, 2016, págs. 141-188.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Pensamiento Constitucional Año VIII*, N°8, 2002, págs. 61-102.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- PRITTWITZ, Cornelius, “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?”, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GÓMEZ MARTÍN, Víctor/MIR PUIG, Santiago (Coord.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 107-119.
- PRITTWITZ, Cornelius, “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán/NEUMANN, Ulfrid, *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, págs. 259-288.
- PUENTE EGIDO, José, recensión de: “QUESADA ALCALÁ, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la Soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005”, *Ius et Praxis*, N°12 (2), 2006, págs. 411-415.
- PUSCHKE, Jens, “Das neue Terrorismusstrafrecht im Lichte der Verfassung”, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, N°2, 2018, págs. 101-108.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, CSIC Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1957.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La Justicia penal en España*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/JARIA I MANZANO, Jordi/PIGRAU I SOLÉ, Antoni, “Aspectos generales”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/JARIA I MANZANO, Jordi/PIGRAU I SOLÉ, Antoni (Coord.), *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 10-70 [Versión en línea].
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Derecho de manifestación y desórdenes públicos”, en: CUERDA ARNAU, María Luisa/GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Coord.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 141-158 [Versión en línea].
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El terrorismo como cuestión jurídica presente y futura”, en: MORENO CATENA, Víctor Manuel/ARNAIZ SERRANO, Amaya (Dir.)/MARTÍNEZ SOTO, Tamara (Coord.), *El Estado de Derecho a prueba: seguridad, libertad y terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 15-26.

- RAGAZZI, Francesco/WALMSLEY, Josh, “Part II. External study Member States' approach to tackling the return of foreign fighters”, en: SCHERRER, Amandine, *The return of foreign fighters to EU soil*, EPRS European Parliamentary Research Service, Bruselas, 2018, págs. 23-102.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La conspiración para delinquir: comentario de la STS 791/1998, de 13 de noviembre (RJ Aranzadi 8962). Recurso de casación 973/1997-P, contra la sentencia de la audiencia provincial de Palma de Mallorca (sección 1ª) de 4-2-1997”, *RDPC*, N°13, 2004, págs. 353-390.
- RAPOPORT, David, “The Four Waves of Rebel Terror and September 11”, *Anthropoetics VIII*, N°1, 2002 [Versión en línea].
- RAPOPORT, David, “Las cuatro oleadas del terrorismo moderno”, *I Jornada sobre terrorismos en el siglo XXI: su persistencia y su declive*, Fundación Giménez Abad, 2004, págs. 1-12.
- RAPOPORT, David, *Waves of Global Terrorism: From 1879 to the Present*, Columbia University Press, Nueva York, 2022.
- RASLER, Karen/THOMPSON, William R., “Looking for Waves of Terrorism”, *Terrorism and Political Violence*, N°21:1, 2009, págs. 28-41.
- RAVNDAL, Jacob Aasland, *Right-Wing Terrorism and Violence in Western Europe: A Comparative Analysis*, Series of dissertations submitted to the Faculty of Social Sciences, University of Oslo, Oslo, 2017.
- REGEIRO DUBRA, Raquel, *La legítima defensa en Derecho Internacional*, Instituto General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2012.
- REINARES NESTARES, Fernando, *Terrorismo y antiterrorismo*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1ª ed., 1998.
- REINARES NESTARES, Fernando/GARCÍA-CALVO, Carola, “Actividad yihadista en España, 2013-2017: de la Operación Cesto en Ceuta a los atentados en Cataluña”, *Documento de trabajo 13/2017 Real Instituto Elcano*, 2017, págs. 1-34.
- REINARES NESTARES, Fernando/GARCÍA-CALVO, Carola, *Estado Islámico en España*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2016.
- REMIRO BROTONS, Antonio, “Terrorismo internacional, principios agitados”, *Ius et Veritas*, N°18(37), págs. 208-228.
- REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, Colex, Madrid, 1999.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “La suspensión individual de los derechos fundamentales en el art. 55.2 CE”, en: LÓPEZ GUERRA, Luis/ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, *La defensa del Estado: actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 275-280.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “De la suspensión de los derechos y libertades [art. 55]”, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel/CASAS BAAMONDE, María Emilia (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, T.I, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, págs. 1520-1543.
- ROCA FERNÁNDEZ, María José, “La suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el derecho español: procedimiento y control”, en: GODOY, Olaya, *Libertad y seguridad en un contexto global: retos y desafíos para los sistemas de garantía de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 113-145.

- RODIN, David, "Terrorism without Intention", *Ethics*, Vol. 114, N°4, 2004, págs. 752-771.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, "Derecho Internacional Penal y Derecho Penal Internacional", en: *Pacis Artes*. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos (Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario y de la Unión Europea), Edifer, Madrid, 2005, Vol. 1, págs. 563-587.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, "Terrorismo, enemigos y tortura", *TEORDER*, N°3, 2008, págs. 99-117.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito: una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, "Squaring the circle? Fighting terror while consolidating democracy in Spain", en: VOLCANSEK, Mary/STACK, John, *Courts and terrorism: nine nations balance rights and security*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011, págs. 181-198.
- ROIG TORRES, Margarita, "Especialidades de la prisión permanente revisable para terroristas: un paso más hacia el 'Derecho penal del enemigo'", PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.)/RUIZ ARIAS, Miriam (Ed.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2017, pág. 223-238.
- ROLLNERT LIERN, Göran, "El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso De Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *REP*, N°109, 2020, págs. 191-228.
- ROXIN, Claus, "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?", en: HEFENDEHL, Roland/VON HIRSCH, Andrew/WOHLERS, Wolfgang (Ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 433-448.
- ROXIN, Claus/GRECO, Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2020.
- RUIZ ROBLEDO, Agustín, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- SALÀS I DARROCHA, Josep Tomàs, "Derecho fundamental a la legalidad penal: jurisprudencia constitucional y consideraciones críticas", *Sentencias de tribunales superiores de justicia, audiencias provinciales y otros tribunales*, N°5, 2005, págs. 227-239.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl, *El derecho de defensa en la investigación de los delitos de terrorismo*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2017.
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, Natalia, "Razones de necesidad de pena para el actual tratamiento punitivo del terrorismo: Especial referencia al denominado 'terrorismo individual'", en: JUANATEY DORADO, Carmen/SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, Natalia (Dir.), *Derechos del condenado y necesidad de pena*, Aranzadi, Pamplona, 2018, págs. 173-198.
- SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2008.
- SAUL, Ben, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- SAUL, Ben, "Defining Terrorism: a conceptual minefield", *Legal Studies Research Paper N°15/84*, Sydney Law School, 2015, págs. 1-13.

- SAUL, Ben, "Terrorism as a Transnational Crime", en: BOISTER, Neil/CURRIE, Robert, Routledge *Handbook of Transnational Criminal Law*, Routledge, Londres-Nueva York, 2015, págs. 394-408.
- SCHABAS, William/OLIVIER, Clémentine, "What criminal procedure should govern terrorist offences: ordinary or special rules", en: DOUCET, Ghislane, *Terrorism, victims and international criminal responsibility*, S.O.S. Attentats, S.O.S Terrorism, 2003, págs. 81-95.
- SCHABAS, William, *An introduction to the International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- SCHARF, Michael, "Defining Terrorism as the Peacetime Equivalent of War Crimes: Problems and Prospects", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol.36 (2), 2004, págs. 359-374.
- SCHMID, Alex, "The definition of terrorism", en: SCHMID, Alex (Ed.), *The Routledge Handbook of Terrorism Research*, Routledge, Londres-Nueva York, 2011, págs. 39-157.
- SCHÜNEMANN, Bernd, "¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", *Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"*, 1991, págs. 49-58.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario/GÓRRIZ ROYO, Elena, "Contraterrorismo: plasmación legislativa reciente e impacto en las libertades y derechos fundamentales", *Cuadernos de estrategia*, N°188, 2017, págs. 121-180.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario, *La seguridad como amenaza. Los desafíos de la lucha contra el terrorismo para el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, *Emergencia y crisis del estado social: análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, PPU, Barcelona, 1988.
- SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, "Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de derecho", en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura/MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina/DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario, *El derecho penal ante la globalización*, Colex, A Coruña, 2002, págs. 73-84.
- SHANAHAN, Timothy, "The definition of terrorism", en: JACKSON, Richard (Ed.), *Routledge Handbook of Critical Terrorism Studies*, Routledge, Londres-Nueva York, 2016, págs. 223-246.
- SIEBER, Ulrich: "The New Architecture of Security Law-Crime Control in the Global Risk Society", en: SIEBER, Ulrich/MITSILEGAS, Valsamis/MYLOPOULOS, Christos/BILLIS, Emmanouil/KNUST, Nandor (Ed.), *Alternative Systems of Crime Control: National, Transnational, and International Dimensions*, Duncker & Humblot, Berlín, 2018, págs. 3-38.
- SILBER, Mitchel/BHATT, Arvin, *Radicalization in the West: The Homegrown Threat*, New York City Police Department, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2ª ed., 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Asesinatos selectivos en la 'guerra punitiva' contra el terrorismo", *InDret*, N°1, 2017, págs. 1-19.

- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *REP*, N°71, 1991, págs. 87-109.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, “Constitución y Derecho Penal: los límites penales de los derechos fundamentales”, en: RUBIO LLORENTE, Francisco/JIMÉNEZ CAMPO, Javier/SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José/BIGLINO CAMPOS, Paloma/GÓMEZ MONTORO, Ángel José (Coord.), en: *La constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, págs. 919-936.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto/TAMAYO ARBOLEDA, Fernando León, “La integración de las normas internacionales sobre derechos humanos al derecho penal, una interpretación garantista”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 20, N°1, 2018, págs. 207-236.
- SOTTIAUX, Stefan, *Terrorism and the Limitation of Rights: The ECHR and the US Constitution*, Hart Publishing Bloomsbury Collections, Londres, 2008.
- STAEHELIN, Gregor, “¿Es compatible la ‘prohibición de infraprotección’ con una concepción liberal del Derecho penal?”, *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, págs. 289-304.
- STAMPNITZKY, Lisa, *Disciplining Terror: How Experts Invented “Terrorism”*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- STEIGER, Dominik, “Das Ringen um eine rechtliche Definition des Begriffs „Terrorismus“ auf internationaler Ebene”, en: ODENDAHL, Kerstin (Ed.), *Die Bekämpfung des Terrorismus mit Mitteln des Völker- und Europarechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, págs. 45-86.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos/PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón/JUDEL PRIETO, Ángel, *Manual de Derecho Penal*, Parte especial, T.II, Civitas, Pamplona, 7ª ed., 2018.
- TEIXEIRA, Adriano, “Was ist bese am Terrorismus?”, *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, N°2, 2013, págs. 57-76.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro, “Constitución y legislación antiterrorista”, *REP*, N°71-72, 2008, págs. 551-605.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Terrorismo y Derecho*, comentario a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Tecnos, Madrid, 1988.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La Constitución penal: los derechos de la libertad”, en: CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón (Coord.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 2003, págs. 355-382.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, *Nuevo Foro Penal*, N°87, 2016, págs. 18-59.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Fundamentos político-criminales de las actuales estrategias antiterroristas”, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/QUERALT JIMÉNEZ, Joan/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (Coord.), *Estudios de Derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2017, págs. 1153-1163.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *InDret*, N°3, 2016, págs. 1-72.

- TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”, *Poder Judicial*, N°4, 1986, págs. 69-84.
- TORRENTE ROBLES, Diego, *Desviación y delito*, Alianza, Madrid, 2001.
- TORRES FERNÁNDEZ, Elena, *Los delitos de desórdenes públicos en el CP español*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- TORRES-DÍAZ, Olga, “El manifiesto de la brigada al-Jansa sobre el papel de la mujer en el nuevo califato islámico: un desafío al feminismo y la igualdad de género en el mundo árabe”, en: LAPIEDRA GUTIÉRREZ, Eva (Coord.), *Feminismo/s*, N°26, 2015, pág. 101-121.
- TOWNSHEND, Charles, *Terrorismo*, una breve introducción, Alianza Editorial, Madrid, 2008.
- TULKENS, Françoise, “The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights”, *JICJ*, N°9, 2011, págs. 577-595.
- TUORI, Kaarlo Heikki, “*Ultima Ratio* as a Constitutional Principle”, *Oñati socio-legal series*, Vol. 3, N°1, 2013, págs. 6-20.
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, *La eficacia justificante de los derechos*, análisis de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (20.7º CP) desde una perspectiva constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- VACAS FERNÁNDEZ, Félix, *El terrorismo como crimen internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- VALERO HEREDIA, Ana, “La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso ‘Strawberry’, un paso más, aunque no el definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo”, *REDC*, Año N°41, N°122, 2021, págs. 367-388.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema, “Tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con todas las garantías”, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio (Dir.), *Aplicación de la normativa antiterrorista*, IVAC/KREI, Donostia, 2008, págs. 219-292.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Código Penal Comentado* actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015 de 30 de marzo y 2/2015 de 30 de marzo, Atelier, Barcelona, 2015.
- VERCHER NOGUERA, Antonio, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (legislación y medidas)*, PPU, Barcelona, 1991.
- VERVAELE, John, “La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea”, *Revista penal*, N°15, 2005, págs. 169-183.
- VERVAELE, John, “¿Terrorismo y seguridad: un derecho penal sin límites?”, en: BARONA VILAR, Isabel (Coord.), *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 459-480.
- VERVAELE, John, “Uso de información de inteligencia en el proceso penal”, en: MORENO CATENA, Víctor Manuel/ARNAIZ SERRANO, Amaya (Dir.)/MARTÍNEZ SOTO, Tamara (Coord.), *El Estado de Derecho a prueba: seguridad, libertad y terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 27-62.
- VERVAELE, John, “¿La asociación organizada terrorista y sus actos anticipativos: un Derecho penal y política criminal sin límites?”, en: GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 207-228.
- VIGANÒ, Francesco, “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en: MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.),

- Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 311-328.
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna, *Terrorismo: un problema de Estado*. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España, Tesis inédita, Repositorio Universidad de Salamanca, 2001.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo, “La suspensión de derechos por terrorismo en el Ordenamiento español”, *REDC*, N°40, 1994, págs. 61-132.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, *Estudios penales y criminológicos*, N°25, 2004, págs. 400-441.
- WALDMANN, Peter, *Terrorismus. Provokation der Macht*, 2ª ed., Gerling Akademie Verlag, Múnich, 2001.
- WERLE, Gerhard/JESSBERGER, Florian, *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- WINTER, Charlie/MARGOLIN, Devorah, “The Mujahidat Dilemma: Female Combatants and the Islamic State”, *CTC Sentinel*, Vol. 10, N°7, 2017, págs. 23-28.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal*, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2007.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “IV. Delitos de terrorismo: aspectos sustantivos y procesales (1ª parte)”, en: JUANATEY DORADO, Carmen (Dir.)/FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina (Coord.), *El nuevo panorama del terrorismo en España: perspectiva penal, penitenciaria y social*, Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante, 2013, págs. 101-110.
- ZEDNER, Lucia, “Capítulo III. El debate sobre el estado preventivo, aportaciones y retos doctrinales en materia de justicia preventiva”, en: ALONSO RIMO, Alberto (Dir.)/COLOMER BEA, David (Coord.), *Derecho penal preventivo*, orden público y seguridad ciudadana, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2019, págs. 61-92.
- ZÖLLER, Mark Alexander, *Terrorismusstrafrecht*, Ein Handbuch, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009.
- ZÖLLER, Mark Alexander, “Willkommen in Absurdistan - Neue Straftatbestände zur Bekämpfung des Terrorismus”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2010, págs. 607-621.
- ZÖLLER, Mark Alexander, “Terrorismus als völkerstrafrechtliches Verbrechen?”, en: ODENDAHL, Kerstin (Ed.), *Die Bekämpfung des Terrorismus mit Mitteln des Völker- und Europarechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, págs. 149-170.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Derecho penal de la seguridad, ¿seguridad para todos?”, *Revista penal México*, N°19, 2021, págs. 157-174.

RESOLUCIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

- ACNUDH, Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/79/Add.61, Observaciones finales, 3 de abril de 1996, <https://undocs.org/es/CCPR/C/79/Add.61>
- ACNUDH, Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/69/D/701/1996, Comunicación N°701/1996, Caso Cesario Gómez Vázquez contra España, 11 de agosto de 2000, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f69%2fd%2f701%2f1996&Lang=en
- ACNUDH, Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, Observación General N°29, 31 de agosto de 2001, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1997.pdf>
- ACNUDH, Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/GC/35, Observación General N°35, 16 de diciembre de 2014, <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=553e0fb84>
- ACNUDH, Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/125/D/2657/2015 Dictamen aprobado por el Comité a tenor del art. 5, párr. 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación N°2657/2015, 8 de agosto de 2019, <https://undocs.org/es/CCPR/C/125/D/2657/2015>
- ACNUDH, CAT, CAT/C/20/D/59/1996 Encarnación Blanco Abad contra España, Comunicación N°59/1996, 19 de junio de 1998, <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=CAT%2FC%2F20%2FD%2F59%2F1996&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>
- ACNUDH, CAT, CAT/C/55/Add.5, 18 de abril de 2001, <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhshu03Ru0XS8yZ38i8got2VgIK5t0XtveddYaSJxOG8QuwMJx38ImZR5OVsPI50wxMqLRlzxnlkE CVVROqy8Yw5TGUtUzoIaIzVxiB9qDK66HW>
- ACNUDH, CAT, CAT/C/XXIX/Misc.3, “Examen sobre el cumplimiento de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, 19 de noviembre de 2002.
- ACNUDH, Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/ESP/CO/5 “Examen de los informes presentados por los estados parte con arreglo al art. 40 del Pacto (España)”, 5 de enero de 2009, <https://undocs.org/es/CCPR/C/ESP/CO/5>
- ACNUDH, CAT, CAT/C/ESP/CO/5, Observaciones finales, 9 de septiembre de 2009, <https://undocs.org/es/CAT/C/ESP/CO/5>
- ACNUDH, CAT, CAT/C/ESP/CO/5/Add.1, Respuestas del Gobierno de España a las conclusiones y recomendaciones del CAT, 1 de marzo de 2011, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhshvDzZoQ%2BPaamEl0Cn%2FFCADlvSxzSkeJ5SmlAz7IJTGHMU0ejDm96ldsZdMIY0gtmKUE ojjgwKsXLBBy2QoZP9LFockY%2F2vAGw9g3nKGGJDLd%2Fi%2FVnh3BAQLL3t2Go3IGA%3D%3D>
- ACNUDH, CAT, CAT/C/48/D/453/2011, Orkatz Gallastegi Sodupe contra España, Comunicación N°453/2011, 29 de junio de 2012, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CAT/Jurisprudence/CAT-C-48-D-453-2011_sp.pdf

- ACNUDH, Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/ESP/CO/6, Observaciones finales, 14 de agosto de 2015, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqX7R5nHBFqJOU4nx7MjbHJAiPJpixsP8%2Bk%2BsXvixZUFiczygBcJ%2B9knj92Cy1WTus2%2BOrbYnUfXNsDX25cf%2FBq%2FVK7EdJFS2LkS23hE4P01>
- AG, Resolución 2625 (XXXV), 24 de octubre de 1970, [https://www.dipublico.org/doc/A-RES-2625\(XXXV\).pdf](https://www.dipublico.org/doc/A-RES-2625(XXXV).pdf)
- AG, A/RES/49/60 “Medidas para eliminar el terrorismo internacional”, 17 de febrero de 1995, <https://undocs.org/sp/A/RES/49/60>
- AG, A/C.6/51/6, 11 de noviembre de 1996, <https://digitallibrary.un.org/record/223761?ln=en>
- AG, A/RES/51/210, Declaración complementaria a la A/RES/49/60, 16 de enero de 1997, <https://undocs.org/sp/A/RES/51/210>
- AG, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de la ONU sobre el establecimiento de una CPI, A/CONF.183/13 (Vol. II), A/CONF.183/13 (Vol. III), 15 de junio - 17 de julio de 1998, <https://legal.un.org/icc/rome/proceedings/contents.htm>
- AG, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de la ONU sobre el establecimiento de una CPI, A/CONF.183/10, 17 de julio de 1998, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/241/88/PDF/N9824188.pdf?OpenElement>
- AG, Comisión para la Seguridad Humana, “Human Security Now”, 2003, <https://digitallibrary.un.org/record/503749?ln=en>
- AG, Comisión (Consejo) de Derechos Humanos, Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura, E/CN.4/2004/56/Add.2, 6 de febrero de 2004, <https://undocs.org/es/E/CN.4/2004/56/Add.2>
- AG, Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, A/59/565, “Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos”, 2 de diciembre de 2004, <https://undocs.org/es/A/59/565>
- AG, A/59/894, 12 de agosto de 2005, <https://undocs.org/es/A/59/894>
- AG, A/60/825, “Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo”, 27 de abril de 2006, <https://www.un.org/spanish/unitingagainstterrorism/a60825.pdf>
- AG, A/RES/60/288, “Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo”, 20 de septiembre de 2006, <https://undocs.org/es/A/RES/60/288>
- AG, Consejo de Derechos Humanos, Relator Especial, A/HRC/10/3/Add.2, 16 de diciembre de 2008, <https://undocs.org/es/A/HRC/10/3/Add.2>
- AG, Consejo de Derechos Humanos, Relator Especial, A/HRC/16/51, 22 de diciembre de 2010, <https://undocs.org/es/A/HRC/16/51>
- AG, Comisión de Derecho Internacional, A/66/10/Add.1, 2011, <https://legal.un.org/ilc/reports/2011/spanish/addendum.pdf>
- AG, A/RES/66/290, 25 de octubre de 2012, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/25/PDF/N1147625.pdf?OpenElement>
- AG, Consejo de Derechos Humanos, Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación, A/HRC/26/29/Add.1, 10 de junio de 2013, <https://undocs.org/A/HRC/26/29/Add.1>
- AG, Consejo de Derechos Humanos, Relator Especial, A/HRC/34/61, 21 de febrero de 2017, <https://undocs.org/es/A/HRC/34/61>

- AG, Oficina del ACNUDH, A/HRC/28/18, 27 de marzo de 2015, <https://undocs.org/es/A/HRC/28/18>
- AG, Oficina del ACNUDH, A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero de 2013, <https://undocs.org/es/A/HRC/22/17/Add.4>
- AG, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/35/15, 15 de mayo de 2017, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/116/97/PDF/G1711697.pdf?OpenElement>
- AG, A/RES/71/291, 19 de junio de 2017, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/172/62/PDF/N1717262.pdf?OpenElement>
- AG, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/49/77, 8 de febrero de 2022, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/251/55/PDF/G2225155.pdf?OpenElement>
- AG, A/76/L.52, 20 de abril de 2022, <https://news.un.org/es/story/2022/04/1507722>
- AG/CS, A/69/981 / S/2015/500, <https://www.refworld.org/es/docid/55cb3d784.html>
- AG/CS, A/70/673 / S/2015/1048, 4 de enero de 2016, <https://undocs.org/es/S/2015/1048>
- CICR, Informe “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos”, Octubre de 2015, <https://www.icrc.org/es/document/el-derecho-internacional-humanitario-y-los-desafios-de-los-conflictos-armados>
- CIDH, OEA/Ser.L/V/II.116 Informe sobre terrorismo y Derechos Humanos, 22 de octubre de 2002, <http://www.cidh.org/terrorism/span/indice.htm>
- Comité contra la Desaparición Forzada, CED/C/ESP/1, Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del art. 29 de la Convención (España), 28 de enero de 2013, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CED/SPReports/CED-C-ESP-1_sp.pdf
- Comité contra la Desaparición Forzada, CED/C/ESP/CO/1, Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del art. 29 de la Convención, 12 de diciembre de 2013, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2FC%2FESP%2FCO%2F1&Lang=en
- Consejo de Europa, CPT, Informes sobre España, <https://www.coe.int/en/web/cpt/spain>
- Consejo de Europa, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, de 16 de mayo de 2005, <https://rm.coe.int/16800d3811>
- Consejo de Europa, CPT, CPT/Inf (2007) 30 Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the CPT from 12 to 19 December 2005, 10 de julio de 2007, <https://rm.coe.int/1680697e8e>
- Consejo de Europa, CPT, CPT/Inf (2007) 31 Response of the Spanish Government to the CPT on its visit to Spain from 12 to 19 December 2005, 10 de julio de 2007, <https://rm.coe.int/1680697ea3>
- Consejo de Europa, CPT, CPT/Inf (2011) 11, Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the CPT from 19 September to 1 October 2007, 25 de marzo de 2011, <https://rm.coe.int/1680697ea6>
- Consejo de Europa, CPT, CPT/Inf (2011) 12, Respuesta del Gobierno Español al informe del CPT sobre la visita a España llevada a cabo del 19 de septiembre hasta el 1 de octubre de 2007, 25 de marzo de 2011, <https://rm.coe.int/1680697ea9>
- Consejo de Europa, CPT, CPT/Inf (2013) 6, Informe al Gobierno español sobre la visita a España llevada a cabo del 30 de mayo hasta el 13 de junio de 2011, 30 de abril de 2013, <https://rm.coe.int/1680697eab>

- Consejo de Europa, CPT, CPT/Inf (2013) 7, Respuesta del Gobierno español al Informe CPT/Inf (2013) 6, 30 de abril de 2013, <https://rm.coe.int/1680697ebd>
- Consejo de Europa, Explanatory Report to the Additional Protocol, 22 de octubre de 2015, <https://rm.coe.int/168047c5ec>
- Consejo de Europa, CPT, CPT/INF (2017) 34, Informe para el gobierno español sobre la visita llevada a cabo en España, 16 de noviembre de 2017, <https://rm.coe.int/pdf/168076696c>
- Consejo de Europa, Comisario para los Derechos Humanos, CommDH(2005)8, Informe sobre su visita a España, 9 de noviembre 2005, <https://rm.coe.int/16806db890>
- Consejo de Europa, Comisario para los Derechos Humanos, CommDH (2013) 18, Informe sobre su visita a España, 9 de octubre de 2013, <https://rm.coe.int/16806db80a>
- Consejo de Europa, Comité de Ministros, Rec(97)20 sobre el discurso de odio, 30 de octubre de 1997, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680505d5b
- Consejo de Europa, Comité de Ministros, Rec(2006)2, Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, 11 de enero de 2006, http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/recce/PenitenciariasEU_ES.pdf
- Consejo de Europa, Comité de Ministros, CM(2015)74, Plan de Acción sobre la lucha contra el extremismo violento y la radicalización que conducen al terrorismo, 19 de mayo de 2015, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c3616
- Consejo de Europa, Comité de Ministros, *Directrices sobre la protección de las víctimas de actos de terrorismo*, 2 de mayo de 2005 y revisión de 2017, <https://rm.coe.int/protection-of-victims-of-terrorist-acts/168078ab54>
- Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, Recomendación general Nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo, 8 de diciembre de 2015, <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>
- Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/103, 7 de febrero de 2005, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/106/97/PDF/G0510697.pdf?OpenElement>
- Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/RES/2005/80, 21 de abril de 2005, https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_s.aspx?b=1&se=59&t=11
- Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, E/CN.4/2006/98, 28 de diciembre de 2005, <https://undocs.org/es/E/CN.4/2006/98>
- CPI, ICC-ASP/8/43/Add.1, 10 de noviembre de 2009, https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP8/ICC-ASP-8-43-Add.1-ENG.pdf
- CPI, ICC-ASP/8/43, 15 de noviembre de 2009, https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP8/ICC-ASP-8-43-SPA.pdf
- CPI, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the alleged crimes committed by ISIS, 8 de abril de 2015, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-alleged-crimes-committed-isis>
- CPI, ICC-02/17OA4, 5 de marzo de 2020, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00828.PDF
- CS, S/RES/678 (1990), 29 de noviembre de 1990, <https://digitallibrary.un.org/record/102245?ln=es>
- CS, S/RES/687 (1991), 3 de abril de 1991, <https://digitallibrary.un.org/record/110709>

- CS, S/RES/731 (1992), 21 de enero de 1992, <https://digitallibrary.un.org/record/135677?ln=es>
- CS, S/RES/1267 (1999), 15 de octubre de 1999, [https://www.undocs.org/es/S/RES/1267%20\(1999\)](https://www.undocs.org/es/S/RES/1267%20(1999))
- CS, S/RES/1368 (2001), 12 de septiembre de 2001, <https://undocs.org/es/S/RES/1368%20%282001%29>
- CS, S/RES/1373 (2001), 28 de septiembre de 2001, <https://undocs.org/es/S/RES/1373%20%282001%29>
- CS, S/2001/946, 7 de octubre de 2001, <https://www.undocs.org/es/s/2001/946>
- CS, S/RES/1441 (2002), 8 de noviembre de 2002, <https://digitallibrary.un.org/record/478123?ln=es>
- CS, S/2003/351, 21 de marzo de 2003, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/290/82/PDF/N0329082.pdf?OpenElement>
- CS, S/RES/1566 (2004), 8 de octubre de 2004, [https://undocs.org/es/S/RES/1566%20\(2004\)](https://undocs.org/es/S/RES/1566%20(2004))
- CS, S/RES/1624 (2005), 14 de septiembre de 2005, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6244.pdf>
- CS, S/RES/1757 (2007), *Incluye en su Apéndice el Estatuto del TEL, 30 de mayo de 2007, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/363/60/PDF/N0736360.pdf?OpenElement>
- CS, S/RES/1904 (2009), 17 de diciembre de 2009, [https://www.undocs.org/es/S/RES/1904%20\(2009\)](https://www.undocs.org/es/S/RES/1904%20(2009))
- CS, S/RES/1970 (2011), 26 de febrero de 2011, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/245/61/PDF/N1124561.pdf?OpenElement>
- CS, S/RES/1989 (2011), 17 de junio de 2011, [https://www.undocs.org/es/S/RES/1989%20\(2011\)](https://www.undocs.org/es/S/RES/1989%20(2011))
- CS, S/RES/2139 (2014), 22 de febrero, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9593.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9593>
- CS, S/2014/695, 23 de septiembre de 2014, <https://undocs.org/es/S/2014/695>
- CS, S/RES/2178 (2014), 24 de septiembre de 2014, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/548/02/PDF/N1454802.pdf?OpenElement>
- CS, S/2015/358, 19 de mayo de 2015, <https://undocs.org/sp/S/2015/358>
- CS, S/2015/719, 21 de septiembre de 2015, <https://undocs.org/es/S/2015/719>
- CS, S/RES/2249 (2015), 20 de noviembre de 2015, [https://undocs.org/es/S/RES/2249\(2015\)](https://undocs.org/es/S/RES/2249(2015))
- CS, S/RES/2253 (2015), 18 de diciembre de 2015, [https://www.undocs.org/es/S/RES/2253%20\(2015\)](https://www.undocs.org/es/S/RES/2253%20(2015))
- CS, S/2015/975, 29 de diciembre de 2015, <https://undocs.org/sp/S/2015/975>
- CS, S/2016/92, 29 de enero de 2016, <https://undocs.org/es/S/2016/92>
- CS, S/PV.7621, 15 de febrero de 2016, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/038/83/PDF/N1603883.pdf?OpenElement>
- CS, S/RES/2396 (2017), 21 de diciembre de 2017, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/460/28/PDF/N1746028.pdf?OpenElement>
- OSCE, Guidelines for addressing the threats and challenges of “foreign terrorist fighters” within a human rights framework, 2018, https://www.osce.org/files/f/documents/4/7/393503_2.pdf

- UE, Conclusiones y Plan de Acción del Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001, 21 de septiembre de 2001,
<https://www.consilium.europa.eu/media/20966/concl-bxles1.pdf>
- UE, Estrategia de la Unión Europea de Lucha contra el Terrorismo, 30 de noviembre de 2005,
<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST%2014469%202005%20REV%204/es/pdf>
- UE, 2015/2530(RSP), Resolución del Parlamento Europeo, sobre las medidas de lucha contra el terrorismo, 11 de febrero de 2015,
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0032_ES.html?redirect
- UE, Estrategia regional de la UE para Siria e Irak, así como en relación con la amenaza que representa Daesh, 16 de marzo de 2015,
<https://www.consilium.europa.eu/media/21843/st07267en15.pdf>
- UE, COM(2015) 625 final, Propuesta de Directiva, 2 de diciembre de 2015,
<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14926-2015-INIT/es/pdf>
- UE, Comité Económico y Social, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo, y por la que se sustituye la DM 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo [COM(2015) 625 final], <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016AE0019&from=EN>
- UE, Europol, “Women in Islamic State propaganda”, 2018,
https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/women_in_islamic_state_propaganda.pdf
- UE, Europol, European Union Terrorism Situation and Trend report (TE-SAT) 2020, 23 de junio de 2020, <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-te-sat-2020>
- UE, Eurojust, “Cumulative prosecution of foreign terrorist fighters for core international crimes and terrorism-related offences”, mayo de 2020,
https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/2020_05_report_on_cumulative_prosecution_of_ftfs_en.pdf
- UE, Europol, European Union Terrorism Situation and Trend report (TE-SAT) 2021, 22 de junio de 2021, <https://www.europol.europa.eu/publication-events/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-2021-te-sat>
- UE, Europol, European Union Terrorism Situation and Trend report (TE-SAT) 2022, 13 de julio de 2022,
https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Tesat_Report_2022_0.pdf
- UE, COM(2020) 605 final, “Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad”, 24 de julio de 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0605&from=EN>
- UE, FRA, Directive (EU) 2017/541, on combating terrorism, impact on fundamental rights and freedoms, 18 de noviembre de 2021,
https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-directive-combating-terrorism-summary_es.pdf
- UE, COM(2021) 701 final, “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo basado en el art. 29.2, de la Directiva (UE) 2017/541 (...)”, 18 de noviembre de 2021,
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0701&from=EN>

SENTENCIAS DE TRIBUNALES ESPAÑOLES

Tribunal Constitucional

- TC, 2/1981, 30 de enero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2>
- TC, 3/1981, 2 de febrero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3>
- TC 5/1981, 13 de febrero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5>
- TC, 6/1981, 16 de marzo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6>
- TC, 11/1981, 8 de abril, <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/11>
- TC, 16/1981, 18 de mayo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/16>
- TC, 25/1981, 14 de julio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25>
- TC, 12/1982, 31 de marzo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/54>
- TC, 33/1982, 8 de junio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/75>
- TC, 6/1982, 22 de febrero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/48>
- TC, 62/1982, 15 de octubre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/104>
- TC, 10/1983, 21 de febrero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/138>
- TC, 76/1983, 5 de agosto, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/204>
- TC, 89/1983, 2 de noviembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/217>
- TC, 103/1983, 22 de noviembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/231>
- TC, 107/1983, 29 de noviembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/235>
- TC, 15/1984, (Auto), 11 de enero, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/8283>
- TC, 71/1984, 12 de junio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/324>
- TC, 108/1984, 26 de noviembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/361>
- TC, 114/1984, 29 de noviembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/367>
- TC, 53/1985, 11 de abril, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/433>
- TC, 98/1985, 29 de julio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/478>
- TC, 8/1986, 21 de enero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/571>
- TC, 126/1986, 16 de julio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/858>
- TC, 140/1986, 11 de noviembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/703>
- TC, 159/1986, 16 de diciembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/722>
- TC, 160/1987, 27 de octubre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/892>
- TC, 196/1987, 11 de diciembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/928>
- TC, 199/1987, 16 de diciembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/931>
- TC, 6/1988, 21 de enero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/947>
- TC, 28/1988, 23 de febrero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/969>
- TC, 85/1988, 28 de abril, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1026>
- TC, 105/1988, 8 de junio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1046>

TC, 153/1988, 20 de julio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1094>
TC, 69/1989, 20 de abril, <https://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/1275>
TC, 56/1990, 29 de marzo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1481>
TC, 59/1990, 29 de marzo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1484>
TC, 76/1990, 26 de abril, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1501>
TC, 120/1990, 27 de junio, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1545>
TC, 137/1990, 19 de julio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1562>
TC, 181/1990, 15 de noviembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1606>
TC, 150/1991, 4 de julio, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1789>
TC, 220/1991, 25 de noviembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1859>
TC, 21/1993, 18 de enero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2150>
TC, 89/1993, 12 de marzo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2218>
TC, 111/1993, 25 de marzo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2240>
TC, 71/1994, 3 de marzo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2588>
TC (Auto), 83/1994, 14 de marzo, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/16205>
TC, 183/1994, 20 de junio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/de-DE/Resolucion/Show/2700>
TC, 325/1994, 12 de diciembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2842>
TC, 18/1995, 24 de enero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/it-IT/Resolucion/Show/SENTENCIA/1995/18>
TC, 50/1995, 23 de febrero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2904>
TC, 56/1995, 6 de marzo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2910>
TC, 176/1995, 11 de diciembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3030>
TC, 55/1996, 28 de marzo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3107>
TC, 137/1997, 21 de julio, <http://hj.tribunalconstitucional.es/en-US/Resolucion/Show/3402>
TC (Auto), 333/1997, 13 de octubre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/17535>
TC, 81/1998, 2 de abril, <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3583>
TC, 189/1998, 28 de septiembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3691>
TC, 49/1999, 5 de abril, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3791>
TC, 142/1999, 22 de julio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3884>
TC (Auto), 155/1999, 14 de junio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/18068>
TC, 136/1999, 20 de julio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3878>
TC, 161/1999, 27 de septiembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3903>
TC, 181/2000, 29 de junio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4165>
TC, 110/2000, 5 de mayo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4094>
TC, 127/2000, 16 de mayo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4111>
TC, 297/2000, 11 de diciembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4281>
TC, 2/2001, 15 de enero, <http://hj.tribunalconstitucional.es/en-US/Resolucion/Show/4298>

TC, 46/2001, 15 de febrero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4342>
TC, 184/2003, 23 de octubre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/4959>
TC, 185/2003, 27 de octubre, <http://hj.tribunalconstitucional.es/it-IT/Resolucion/Show/4960>
TC, 7/2004, 9 de febrero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5012>
TC, 24/2004, 24 de febrero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5029>
TC, 224/2007, 22 de octubre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6191>
TC, 234/2007, 5 de noviembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/de/Resolucion/Show/6201>
TC, 235/2007, 7 de noviembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6202>
TC, 236/2007, 7 de noviembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6203>
TC, 59/2008, 14 de mayo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6291>
TC, 108/2008, 22 de septiembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6340>
TC, 45/2009, 19 de febrero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6464>
TC, 60/2010, 7 de octubre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6699>
TC, 38/2011, 28 de marzo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6820>
TC, 62/2011, 5 de mayo, <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6844>
TC, 160/2012, 20 de septiembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23067>
TC, 131/2012, 18 de junio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22979>
TC, 177/2015, 22 de julio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/24578>
TC, 112/2016, 20 de junio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25026>
TC, 140/2016, 21 de julio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25064>
TC, 133/2018, 13 de diciembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25816>
TC, 11/2020, de 28 de enero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/26207>
TC, 35/2020, 25 de febrero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26247>
TC, 38/2020, 25 de febrero, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/26251>
TC, 97/2020, 21 de julio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/26364>
TC 190/2020, 15 de diciembre, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-1124
TC, 192/2020, 17 de diciembre, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-1126
TC (Auto), 80/2021, 15 de septiembre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2021-17109.pdf>
TC, 133/2021, 24 de junio, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26766>
TC, 166/2021, 4 de octubre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26809>
TC, 169/2021, 6 de octubre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26820>
TC, 184/2021, 28 de octubre, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26841>

Tribunal Supremo

TS, ROJ: 1855/1974, 6 de abril.

TS, ROJ: 1423/1975, 30 de enero.

TS, ROJ: 5141/1981, 26 de octubre,

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4cd102309b5b066f/19960116>

TS, ROJ 1841/1984, 30 de enero,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fbf2a26806e467df/19960113>

TS, ROJ: 4820/1989, 25 de septiembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eecba11a0b312c34/20031011>

TS, ROJ: 5455/1991, 16 de octubre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/34b38b44f57c0e18/20030830>

TS, ROJ: ATS 3773/1992, 18 de junio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/71d77267aef6e3be/20110617>

TS, ROJ: 10214/1993, 25 de enero,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/54dad6628c578bc9/20060105>

TS, ROJ: 7716/1994, 29 de noviembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/aff4a168e98017ba/20040614>

TS, 2/1997, 29 de noviembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4e6292cc95029f02/20030927>

TS, 258/1998, 28 de febrero
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0a75234a85c6f647/20030918>

TS, 457/1999, 19 de junio,
<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/c3f6c13ff8659739/20031030>

TS, 1819/2001, 11 de octubre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/57dce2f7c13de20a/20040614>

TS, RJ 2002\4727, 23 de mayo.

TS, 34/2007, 1 de febrero,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9e828e7d606a0c4b/20070222>

TS, 149/2007, 26 de febrero,
<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/b302b74941a85042/20070419>

TS, 585/2007, 26 de junio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/da0faeee9fc86cd4/20070712>

TS, 798/2007, 1 de octubre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7bbcaf03b4a29f0c/20090910>

TS, 656/2007, 17 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e4702319fbbc6c79/20070802>

TS, 503/2008, 17 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/1458813/Imputabilidad/20081002>

TS, 539/2008, 23 de septiembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/503736295c82f79b/20081030>

TS, 224/2010, 3 de marzo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ac85346c254d0a04/20100415>

TS 231/2010, 23 de marzo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/89a01f8faf4e343b/20100422> ;

TS 440/2010, 30 de abril,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/665c50bd3a81487a/20100610> .

TS, 1140/2010, 29 de diciembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a732512ae030faa9/20110119>

TS, 180/2012, de 14 de marzo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/75fbadb583df4f50/20120330>

TS, 211/2012, 21 de marzo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/46d7970c6001e55b/20120420>

TS, 752/2012, 3 de octubre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cf150b9597cf9a40/20121030>

TS, 823/2012, 30 de octubre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8c16deac581fc8e3/20121130>

TS, 114/2014, 20 de febrero,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8b638faafe28f6be/20140224>

TS, 764/2014, 19 de noviembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9867a36ba327c49b/20141222>

TS, 789/2014, 2 de diciembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2f83b8459ba9d00d/20150107>

TS, 846/2015, 30 de diciembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/33df4cffdcc63ebb/20160126>

TS, 932/2016, 15 de noviembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/872c92f78fdef5b9/20161220>

TS, 4/2017, 18 de enero,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c793c93a433c6a74/20170123>

TS, 354/2017, 17 de mayo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9807275edb7399ec/20170522>

TS, 378/2017, 25 de mayo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24c13003b2ec45c8c466ede9d28690effd>

TS, 512/2017, 5 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c96920f27e00feb/20170717>

TS, 661/2017, 10 de octubre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6c99dc26641e2b0a/20171016>

TS, 655/2017, 5 de octubre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e4183605c3ac2afc/20171020>

TS, 734/2017, 15 de noviembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/58dfc52bd9e4e238/20171127>

TS, 13/2018, 16 de enero
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e84e52fb79d923fb/20180201>

TS, 79/2018, 15 de febrero,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d9a562f68f8b35dc/20180221>

TS (Auto), ROJ: 8090/2018, 9 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5cb0b42a9ed6ee42/20180724>

TS, 65/2019, 7 de febrero,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e2d54cf5184a5ff4/20190218>

TS, 150/2019, 21 de marzo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/075cfc5996e97822/20190329>

TS (Auto), ROJ: 8350/2019, 10 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/64802ca5c830a3cc/20190801>
TS, 458/2019, 9 de octubre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e04b65357775da42/20191018>
TS, 459/2019, 14 de octubre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/210eba2f5a7faa75/20191014>
TS, 137/2021, 17 de febrero,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24eb9f320e282b0b42a8e2e86c95ab77d4>
TS 1017/2021, de 30 de diciembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d8a78722a50e9264/20220131>
TS, 437/2022, 5 de mayo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c5acceab46bf3244/20220513>

Audiencia Nacional

AN, 60/2006, 8 de noviembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5d88e7a2135c3ad0/20061214>
AN, 65/2007, 31 de octubre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a3baca05170e2349/20071108>
AN, Auto, 30 de julio de 2009
AN, 76/2009, 2 de diciembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2dfd61762178b059/20100121>
AN, 4/2010, 2 de marzo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/926a8a72e3793090/20100506>
AN, 24/2011, 3 de mayo
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b5490380e9508b3c/20120918>
AN, 30/2011, 26 de mayo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/82ba329cc306742c/20120917>
AN, 38/2012, 23 de mayo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eedd03599ce4310d/20120605>
AN, 24/2013, 12 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/58694e159a0884c2/20130826>
AN, 26/2014, 14 de mayo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e7c6d58d15b8841a/20140925>
AN, 27/2014, 14 de mayo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dfb2fb814db5211a/20140702>
AN, 14/2015, 25 de mayo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8faf81322f96001f/20150609>
AN, 19/2015, 24 de junio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c4ddca1d0fb5767b/20150715>
AN, 410/2015 (Auto), 24 de septiembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/40f4c29cc6e547be/20150929>

AN, 4/2016, 1 de marzo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1b50281fc0afe01e/20160308>

AN, 9/2016, 14 de marzo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/58e588d288621ce1/20160412>

AN, 20/2016, 18 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/363b2947398d9dc8/20160720>

AN, 29/2016, 8 de noviembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/c277b83324185873ddaedeee435516724a5b9015871a1ef9>

AN, 38/2016, 7 de diciembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cee22bc2f486dd02/20161220>

AN, 39/2016, 21 de diciembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d6c9c5552a6663d9/20170111>

AN, 3/2017, 17 de febrero,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/36a85834ab4f8d5a/20170224>

AN, 4/2017, 21 de febrero,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/c277b83324185873b2bf057e5c710c898f71fdf54082c6e8>

AN, 5/2017, 28 de febrero,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/23ec586abc991722/20170303>

AN, 9/2017, 29 de marzo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/df20f64a08082024/20170330>

AN, 11/2017, 17 de marzo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7bdc580a91b0d00e/20170420>

AN, 29/2017, 30 de noviembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/76dea7b378e0b829/20180118>

AN, 34/2017, 4 de diciembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/df2125c31822bb2e/20171207>

AN, 3/2018, 2 de marzo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/c277b83324185873599e4e9439214f914205aec78d421c76>

AN, 15/2018, 11 de mayo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b691d1199d2a14e1/20180514>

AN, 17/2018, 1 de junio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ec69a26fee5e6b87/20180604>

AN, 14/2018, 4 de junio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a7efdeb81afc656b/20180711>

AN, 19/2018, 13 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b52f3980e4fb4c99/20180824>

AN, 23/2018, 1 de junio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a655982f31821a5b/20180605>

AN, 28/2018, 26 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8ea24c0ccbd3e655/20180727>

AN, 35/2017 (Auto), 27 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2fd74319b76af450/20170918>

AN, 10/2018, 8 de octubre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/df0469d163dbe2a4/20181009>

AN, 31/2018, 15 de octubre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e5f3c71fd58639c4/20181106>

AN, 15/2018, 21 de diciembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7bce6db1bac8027f/20190211>

AN, 45/2018, 27 de diciembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2c2d25d3dc815373/20190312>

AN, 2/2019, 7 de marzo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/75283c0692cc00f2/20190308>

AN, 3/2019, 19 de marzo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b7ad6e3b0e7d/20190507>

AN, 10/2019, 8 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/44693e0da961007c/20190726>

AN, 22/2019, 26 de diciembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f1620f9dad0fcdfd/20200312>

AN, 28/2020, de 9 de diciembre,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/c277b8332418587310b129baa45c19bf4f245d0bda8b39c2>

AN, 15/2021, 27 de mayo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e9fb9bff0432ed0e/20210625>

AN, 4/2022 (Auto), 14 de enero,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dbb87b4981e4eb95/20220201>

AN, 31/2022, (Auto), 28 de enero,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/170f1864984e2863/20220210>

AN, 9/2022, 4 de marzo,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fd9b092c3dfe9f69/20220325>

AN, 322/2022, (Auto), 5 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/090d71b00e9a9cc2a0a8778d75e36f0d/20220802>

AN, 363/2022, (Auto), 7 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7192638ba6141439a0a8778d75e36f0d/20220804>

AN, 348/2022, (Auto), 8 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b0c2b613385e5f21a0a8778d75e36f0d/20220801>

AN, 350/2022, (Auto), 8 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ec04228f7eb719aaa0a8778d75e36f0d/20220801>

AN, 357/2022, (Auto), 11 de julio,
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/03482880c3088b7ca0a8778d75e36f0d/20220801>

AN, 358/2022, (Auto), 11 de julio,

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9c5e2539ad6e94fba0a8778d75e36f0d/20220801>

AN, 22/2022, de 14 de julio,

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8f6943d91d4cda61a0a8778d75e36f0d/20220803>

Juzgados Centrales de Instrucción y otros tribunales

JCI Nº1, (Auto), 17 de agosto de 2012, <https://s.libertaddigital.com/doc/auto-de-prohibicion-de-la-manifestacion-41912705.pdf>

JCI Nº2, (Auto), 11 de septiembre de 2010, <https://s.libertaddigital.com/doc/auto-de-la-an-37242777.pdf>

JCI Nº2, (Auto), 25 de agosto de 2016.

JCI Nº3, (Auto), 3 de septiembre de 2009.

JCI Nº3, (Auto), 12 de octubre de 2009, <https://s.libertaddigital.com/doc/auto-de-grandemarlaska-20948928.pdf>

JCI Nº3, (Auto), 9 de octubre de 2015.

JCI Nº5, (Auto), 8 de agosto de 2009.

JCI Nº5, (Auto), 14 de agosto de 2009.

JCI Nº5, (Auto), de 13 de agosto de 2009.

JCI Nº5, (Auto), 26 de agosto de 2010, <https://s.libertaddigital.com/doc/auto-de-la-audiencia-nacional-36456819.pdf>

JCI Nº6, (Auto), 25 de septiembre de 2009, <https://s.libertaddigital.com/doc/auto-que-prohibe-el-homenaje-a-eta-20211860.pdf>

JCI Nº6, 24 de marzo de 2017,

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/21f8840069405881/20170915>

TSJ (Auto), ROJ: NA 1/1987, 21 de febrero,

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2f7c21b2d93b2f71/20171129>

SENTENCIAS DE TRIBUNALES INTERNACIONALES Y DE OTROS ESTADOS

- BGH, 3 StR 243/13, 8 de mayo de 2014, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=68911&pos=0&anz=1>
- BGH, 3 StR 326/16, 6 de abril de 2017, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=79181&pos=0&anz=1>
- Conseil Constitutionnel, Decisión N°2016-611 QPC, 10 de febrero de 2017, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2016611QPC.htm>
- Conseil Constitutionnel, Decisión N°2017-682 QPC, 15 de diciembre de 2017, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2017/2017682QPC.htm>
- Conseil Constitutionnel, Decisión N°2017-625 QPC, 7 de abril de 2017, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2017/2017625QPC.htm>
- Conseil Constitutionnel, Decisión N°2018-706 QPC, 18 de mayo de 2018, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2018/2018706QPC.htm>
- Conseil Constitutionnel, Decisión N°2020-845 QPC, 19 de junio de 2020, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/rapport-activite-2020-numerique/qpc-2020-845.php>
- Cour Constitutionnelle, N°9/2015, 28 de enero, <https://www.const-court.be/public/f/2015/2015-009f.pdf>
- Cour Constitutionnelle, N°8/2018, 18 de enero, <https://www.const-court.be/public/f/2018/2018-008f.pdf>
- Cour Constitutionnelle, N°31/2018, 15 de marzo, <https://www.const-court.be/public/f/2018/2018-031f.pdf>
- TEDH, 332/57, Caso Lawless contra Irlanda, 1 de julio de 1961, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518>
- TEDH, 5310/71, Caso Irlanda contra Reino Unido, 18 de enero de 1978, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506>
- TEDH, 8978/80, Caso X e Y contra Países Bajos, 26 de marzo de 1985, <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-57603>
- TEDH, 10590/1983, Caso Barberá, Messegué y Jabardo contra España, 6 de diciembre de 1988, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164751>
- TEDH, 11798/85, Caso *Castells contra España*, de 23 de abril de 1992, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164610>
- TEDH, 14553/89, 14554/89, Caso Brannigan y McBride contra Reino Unido, 25 de mayo de 1993, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57819>
- TEDH, 14307/88, Caso Kokkinakis contra Grecia, 25 de mayo de 1993, http://idpbarcelona.net/docs/actividades/seminarioddf/caso_kokkinakis.pdf

TEDH, 14310/88, Caso Murray contra Reino Unido, 28 de octubre de 1994,
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57895>

TEDH, 21987/93, Caso Aksoy contra Turquía, 18 de diciembre de 1996,
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58003>

TEDH, 27671/95, Caso Valenzuela Contreras contra España, 30 de julio de 1998,
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163845>

TEDH, 25390/94, Caso Rekvényi contra Hungría, 20 de mayo de 1999,
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58262>

TEDH, 24919/94, Caso *Gerger contra Turquía*, de 8 de julio de 1999,
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58272>

TEDH, 26682/95, Caso Sürek contra Turquía, 8 de julio de 1999,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58279>

TEDH, 22479/93, Caso *Öztürk contra Turquía*, 28 de septiembre de 1999,
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58305>

TEDH, 28396/95, Caso Wille contra Liechtenstein, 28 de octubre de 1999,
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58338>

TEDH, 35071/97, Caso Gündüz contra Turquía, 4 de diciembre de 2003,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61522>

TEDH, 32446/96, Caso Abdülsamet Yaman contra Turquía, 2 de febrero de 2005,
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-67228>

TEDH, 1543/06, Caso Bączkowski y otros contra Polonia, 24 de septiembre de 2007,
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80464>

TEDH, 64116/00, Caso Yalçiner contra Turquía, 21 de febrero de 2008,
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85171>

TEDH, 36109/03, Caso Leroy contra Francia, 2 de octubre de 2008,
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88657>

TEDH, 3455/05, Caso A. y otros contra Reino Unido, 19 de febrero de 2009,
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139351>

TEDH, 22978/05, Caso Gäfgen contra Alemania, 1 de junio de 2010,
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-99015>

TEDH, 43233/02, Caso Maksimov contra Rusia, 18 de junio de 2010,
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97790>

TEDH, 2507/07, Caso San Argimiro Isasa contra España, 28 de septiembre de 2010,
https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292427043097-Asunto_San_Argimiro_Isasa.pdf

TEDH, 40351/05, Caso Beristain Ukar contra España, 8 de marzo de 2011,
https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292427045067-Asunto_Beristain_Ukar.pdf

TEDH, 2034/07, Caso Otegi Mondragón contra España, 15 de marzo de 2011,
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104449>

TEDH, 12218/09, Caso Prado Bugallo contra España, 18 de octubre de 2011,
https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292427044058-Decisi%C3%B3n_Prado_Bugallo.pdf

TEDH, 47303/08, Caso Otamendi Egiguren contra España, 16 de octubre de 2012,
https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292427196710-Otamendi_c_Espa%C3%B1a.pdf

TEDH, 42750/09, Caso Del Río Prada contra España, 21 de octubre de 2013,
https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292429077000-Asunto_Del_R%C3%ADo_Prada.pdf

TEDH, 74016/12, Caso Etxebarria Caballero contra España, 7 de octubre de 2014,
https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292427582761-ETXEBARRIA_CABALLERO_c_Espa%C3%B1a_0.pdf

TEDH, 3344/13, Caso Ataun Rojo contra España, 7 de octubre de 2014,
https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292427555919-ATAUN_ROJO_c_Espa%C3%B1a.pdf

TEDH, 4524/06, Caso Yilmaz Yildiz y otros contra Turquía, 14 de enero de 2015,
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-147470>

TEDH, 58488/13, Caso Arratibel Garciandia contra España, 5 de mayo de 2015,
https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292427983675-Sentencia_ARRATIBEL_GARCIANDIA_c_Espa%C3%B1a.pdf

TEDH, 36286/14, Caso Beortegui Martínez contra España, 31 de mayo de 2016,
https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292428035370-Sentencia_BEORTEGUI_MARTINEZ_c_Espa%C3%B1a.pdf

TEDH, 1653/13, Caso Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal contra España, 13 de febrero de 2018,
https://www.mjusticia.gob.es/en/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292428734346-Sentencia_Portu_Juanenea_y_Sarasola_Yarzabal_c_Espa%C3%B1a.pdf

TEDH, 51168/15 y 51186/15, Caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España, 13 de marzo de 2018,
https://www.mjusticia.gob.es/en/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292428748246-Sentencia_Stern_Taulats_y_Roura_Capellera_c_Espa%C3%B1a.pdf

TEDH, 16538/17, Caso Şahin Alpay contra Turquía, 20 de marzo de 2018,
<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20Sahin%20Alpay%20v.%20Turqu%C3%ADa.pdf>

TEDH, 20690/17, Caso González Etayo contra España, 19 de enero de 2021,
https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/InstLibrarySentencesBulletin/Sentencia_Gonzalez_Etayo.pdf

TEDH, 5869/17, Caso Erkizia Almandoz contra España, 21 de junio de 2021,
<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20Erkizia%20Almandoz%20c.%20Espa%C3%B1a.pdf>

TEDH, 15508/15, Caso Atristain Gorosabel contra España, 18 de enero de 2022,
<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/8603/8322>

TEDH, 1348/21, Caso W. contra Francia, 30 de noviembre de 2022,
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-218931>

TEDH, 24384/19 y 44234/20, Caso HF y otros contra Francia, 14 de septiembre de 2022,
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-219333>

TEL, STL-11-01/I, Decisión interlocutoria sobre el derecho aplicable, 16 de febrero de 2011, https://www.stl-tsl.org/crs/assets/Uploads/20130530_F0936_PUBLIC_PRES_Interlocutory_Decision_Corrected_WEB_EN.pdf

TEL, STL-11-01/T/TC, 18 de agosto 2020, <https://www.stl-tsl.org/crs/assets/Uploads/20200818-F3840-PUBLIC-Summary-of-Judgment-FILED-EN-FINAL.pdf>

TIJ, Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos), 27 de junio de 1986, <https://www.dipublico.org/cij/doc/79.pdf>

Tribunal Internacional para la exYugoslavia, ICTY-941-A, Caso Dusko Tadic, 7 de mayo de 1997, <https://www.icty.org/en/case/tadic>

* Las anteriores tablas reflejan únicamente instrumentos de instituciones estatales o internacionales. La inclusión de documentación de la CICR se debe a su condición jurídica de sujeto de Derecho internacional.

** Últimos accesos a enlaces electrónicos: 19/03/2023.