

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?

Elena Górriz Royo[†]

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Valencia

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? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-01, pp. 1-55.

<http://criminnet.ugr.es/recpc/22/recpc22-01.pdf>

RESUMEN: Las últimas reformas penales en delitos terroristas, acometidas por LO 1/2019 como consecuencia de la trasposición de las medidas previstas en la Directiva 2017/541/EU, plantean, como principal cuestión, si en el ámbito europeo se ha extendido el paradigma del Derecho penal del enemigo en las legislaciones contraterroristas. En este estudio se aborda, en particular, la situación del ordenamiento penal español y se destacan las fricciones que las últimas reformas penales puedan estar causando con los derechos fundamentales y libertades públicas, denunciando la deriva que se advierte hacia tendencias autoritarias en materia de delitos terroristas.

PALABRAS CLAVE: Contraterrorismo, reformas penales, Derecho penal del enemigo, Derecho penal

de autor, terroristas combatientes extranjeros, Derecho penal de emergencia.

TITLE: The emerging Counterterrorism in light of the penal reform of OL 1/2019, February 20th., and the Directive 2017/541/EU: ¿Europeanisation of the Enemy Criminal law?

ABSTRACT: Last criminal reforms introduced by OL 1/2019 in Spain, as a consequence of the Directive 2017/541, launch, as main question, if, within the European field the paradigm of the Enemy Criminal law has been spread in counter terrorism legislations. In this research it is analyzed the Spanish legal order and it is remarked the possible violations that last penal reform could be causing to fundamental rights and public freedoms. Additionally, it is denounced the shift of this legislation towards an authoritarian trend in terrorist crimes.

KEYWORDS: Counterterrorism, penal reforms, Enemy Criminal law, Criminal law of suspicious, Foreign Terrorist Fighters, Emergency Criminal law.

Fecha de publicación: 7 marzo 2020

SUMARIO: 1. La reforma del Código penal de LO 1/2019, 20 febrero, en materia contraterrorista: aspectos introductorios. 2. Texto y contexto de la Directiva EU 2017/541: 2.1. El terrorismo global en la época de la “emocracia”, como contexto. 2.2. Contenido esencial de la Directiva: 2.2.1. Principales medidas contraterroristas. 2.2.2. ¿Son los combatientes terroristas extranjeros una nueva expresión del Derecho penal de autor? 2.2.3. Delitos de provocación pública y enaltecimiento de delitos terroristas cometidos online 2.2.4. Otros delitos y responsabilidad penal de personas jurídicas. 2.2.5. Medidas de tutela a las víctimas del terrorismo 3. La legislación penal contraterrorista en España: breve análisis. 3.1. Introducción a los delitos de terrorismo. 3.2. ¿Cómo impactó la Directiva 2017/541 en la legislación terrorista introducido por la reforma penal de 2015? 4. Medidas contraterroristas de la LO 1/2019, de 20 de febrero: precedentes legislativos y contenido esencial. 5. ¿Europeización del Derecho penal del enemigo? 5.1. Rasgos básicos del Derecho penal del enemigo. 5.2. A modo de conclusión. Bibliografía

1. La reforma del Código penal de LO 1/2019, 20 febrero, en materia contraterrorista: aspectos introductorios

La legislación penal contraterrorista impulsada desde instituciones europeas a través de diversas directivas ha radiado, en los distintos estados miembros, una serie de medidas cuyo análisis permite tomar la temperatura del carácter autoritario o democrático de la política-criminal predominante, en esta materia, en los países de nuestro entorno jurídico y en el nuestro propio. A tal efecto, la reforma de nuestro Código penal de 20 de febrero de 2019 ha incluido, en el ordenamiento penal, un conjunto de medidas contraterroristas cuyo estudio se hace necesario, principalmente, por dos razones: de un lado, para advertir si las mismas se inscriben en aquella tendencia político-criminal más amplia, de la legislación terrorista europea, y, de otro, si la misma verifica los rasgos de un Derecho penal del enemigo. De hecho, ante todo, este estudio se orientará a responder a la segunda cuestión, esto es, si cabe hablar de una “europeización” del Derecho penal del enemigo. La respuesta afirmativa al primer interrogante parece más evidente pues aquellas medidas entraron en vigor, a raíz de la LO 1/2019, de 20 de febrero¹, a mediados de marzo de dicho año², a consecuencia de que nuestro país hizo efectivo -según indica el Preámbulo, en su apartado I-, el compromiso de transponer a nuestro ordenamiento jurídico, entre otras, la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo. Conforme al apartado III del Preámbulo de dicha ley de reforma, las modificaciones introducidas se fundamentan en la necesidad de realizar *ajustes* pues “(...) a pesar de que la 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

¹ Vid. BOE de 21 de febrero de 2019, Sec. I, pp. 16698 y ss.

² Vid. Disposición Final Tercera LO 1/2019, de 20 de febrero.

terrorismo, se adelantó notablemente al contenido de la directiva, algunos puntos divergen (...).” Así pues, a pesar de la proximidad de la reforma de los delitos terroristas por LO 2/2015, el legislador penal ha vuelto a reformar esta materia, justificándolo en compromisos con instancias comunitarias. El impacto de la reforma de la LO 1/2019 es, en apariencia, reducido pues, en resumen, comporta cuatro novedades: primero, se elevan la penas de los delitos terroristas del art. 572, apdo.1º y 2º CP; segundo, entre los delitos terroristas del art. 573 CP, se incluye ahora la falsedad documental; en tercer lugar, se amplía el ámbito de aplicación del delito del art. 575.3 CP al castigarse ahora el viaje a cualquier país, estado o territorio extranjero; por último, se amplía la responsabilidad penal de las personas jurídicas a cualquier delito terrorista según el art. 576 CP apdos. 1-4 CP (y no solo a los de financiación del terrorismo). Como se observa, las consecuencias aparejadas a estas novedades -y que posteriormente analizaremos con detalle-, apuntan en una sola dirección, esto es, acrecentar el ámbito de la punibilidad. Ello permite cuestionar si no estamos ante un nuevo “rearme” de nuestra legislación penal en materia contraterrorista, que parece justificarse en los atentados cometidos en el ámbito europeo, por desgracia, de forma continuada, en la segunda década del s.XXI. De hecho, si resumimos los atentados en suelo europeo durante el s.XX, parece que se haya llevado a cabo un reguero de ataques cuyo elemento común sería, en términos muy genéricos, el carácter terrorista de los mismos, intensificado, en los últimos años, por la raíz yihadista que se predica de ellos. Así, si nos remontamos a los atentados de Madrid (2004) y Londres (2005), hay prácticamente un salto de 10 años hasta la oleada de atentados de gravedad, por desgracia, parangonable; a este respecto, podemos considerar, entre otros, el ataque terrorista al Semanario *Charlie Hebdo* (2015), los ataques en París, Londres, Berlín, o Copenhage (2015), los atentados de Bruselas, Paris, Niza, Berlín (2016), así como los de Londres, Estocolmo, Manchester y Barcelona (2017) o el atentado de Estrasburgo (2018)³. Llama la atención respecto de estos execrables ataques, el impacto mediático que han tenido en la opinión pública, de modo que, como luego veremos, no es descabellado apuntar que las políticas públicas y, en especial, la política criminal, se hayan dejado arrastrar por el señuelo de las emociones, a fin de combatir, por todos los medios, la llamada *last war*.

Sin perder de vista este contexto social y político, el objetivo primordial de este trabajo será el estudio de las medidas contraterroristas introducidas por la reforma penal de 2019, que ha dado lugar a prever nuevos delitos, penas y otras medidas, en la Sección 2ª, Capítulo VII del Título XXII del Código penal, donde se residencian los delitos de terrorismo. Para ello habrá que revisar, en primer término, cuál haya

³ Fuera del territorio europeo, por desgracia, cabe reseñar el sangriento atentado del Domingo de Pascua en Sri Lanka (abril, 2019), reivindicado finalmente por el ISIS y en donde perdieron la vida 321 personas, resultando heridas otras 500. *Vid.* “El Estado Islámico asume la autoría de la cadena de atentados en Sri Lanka” en www.elpais.es (23 de abril 2019).

sido la *ratio legis* de esta reforma, analizando, en concreto, la propuesta parlamentaria que la originó. Tanto esta propuesta como la propia reforma penal de 2019, se hicieron eco de la política contraterrorista europea previamente impulsada por la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.⁴ De modo que, en primer lugar, se realizará un estudio de esta normativa comunitaria, que, en los últimos tiempos, ha puesto mayor énfasis en esa armonización de legislaciones penales contraterroristas, a fin de concluir si su trasposición a nuestro ordenamiento penal era necesaria en términos de proporcionalidad y desde una perspectiva político-criminal; o por el contrario, las medidas que allí se impulsaban ya habían sido incorporadas a través de reformas penales previas en nuestro país, en concreto, a través de la LO 2/2015, de 30 de marzo, de modo que pueda hablarse de una sobre-reacción estatal en este ámbito. La Directiva europea podría explicarse muy brevemente como la última reacción de la Unión Europea, por vía legislativa, frente a los recientes atentados de corte yihadista perpetrados en suelo europeo. Inicialmente la adopción de esta Directiva para combatir el terrorismo aparece justificada no solo por el nuevo marco normativo para la adopción de legislación en materia de prevención del terrorismo tras el Tratado de Lisboa, sino también por el propósito de armonizar las legislaciones penales para incorporar las obligaciones procedentes del Consejo de Europa y del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. No obstante, en realidad, la citada Directiva es expresión de bastantes más objetivos y propósitos de una política criminal europea en el ámbito contraterrorista que en el presente trabajo, se analizarán. Ante todo, porque, bajo la apariencia de un nuevo instrumento armonizador, puede claramente advertirse la introducción de un paquete de medidas penales contraterroristas orientadas a incrementar la respuesta punitiva de los estados miembros, en ocasiones, anteponiendo la seguridad sobre la defensa de los derechos fundamentales. De ahí que habrá que delimitar el contexto socio-político que pudo motivar aquella política comunitaria y que en tiempos recientes se identifica con la tendencia hacia el llamado “terrorismo global”.

A resultas de este estudio, en tercer lugar, cabrá apuntar las principales fricciones que aquellas medidas contraterroristas comportan respecto a los principios penales y derechos fundamentales. Se parte para ello de una aproximación estrictamente jurídica al llamado “contraterrorismo”, entendido como las concretas medidas legislativas cuyo teórico propósito es la protección de la seguridad frente a la amenaza global de terrorismo. A los efectos de este trabajo, cabe entender por

⁴ Según el art. 28 de la Directiva europea (Trasposición), los estados miembros de la UE, deberán desarrollar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, cuya entrada en vigor será “(...) a más tardar el 8 de septiembre de 2018 (...)”

medidas contraterroristas, las leyes aprobadas por el parlamento competente – incluyendo al europeo- como reacción específica frente al fenómeno del terrorismo para tratar de contrarrestarlo, además de aquellas normas de carácter administrativo e incluso decisiones gubernamentales o judiciales emanadas con aquel mismo fin.⁵

El último propósito perseguido con esta investigación, es contestar a la cuestión acerca de si tanto la legislación contraterrorista española introducida en 2015 y 2019 y su detonante, esto es, la Directiva 2017/541/UE son expresión de una tendencia a nivel europeo hacia el Derecho penal del enemigo en materia terrorista. Habrá que analizar si las medidas contraterroristas propuestas por dichas Directivas e incorporadas al ordenamiento penal español, participan de los rasgos propios de un Derecho penal del enemigo cuya expansión de forma homogénea al nivel de todos los países de la Unión Europea, se puede promocionar. O si, por el contrario, dichas medidas son expresión de una política contraterrorista que contemple seriamente una idea de seguridad integral como, entre otros, propone GONZÁLEZ CUSSAC, puesto que es esperable de un ente supranacional como la UE, que evalúe objetivamente la grave amenaza a la seguridad que el terrorismo global representa y su impacto en el Estado de Derecho, descartando respuestas excesivas y desproporcionadas, pero también la pura inacción o la banalización de dicha amenaza.⁶

2. Texto y contexto de la Directiva 2017/541/UE

2.1. *El terrorismo global en la época de la “emocracia”, como contexto*

La aprobación de la Directiva 2017/541/UE se llevó a cabo en un contexto social y político en Europa, en el que, básicamente, se sucedieron diversos atentados terroristas de especial gravedad, en concreto, los de Madrid (2004) y Londres (2005) y, más recientemente, la oleada de atentados, entre los que cabe destacar, el ataque terrorista al Semanario Charlie Hebdo (2015), los ataques en París, Londres, Berlín, o Copenhage (2015), Bruselas, París, Niza, Berlín (2016), Londres, Estocolmo, Manchester, Barcelona (2017) y -con posterioridad a la directiva- el de Estrasburgo (2018)⁷. Todos ellos se caracterizan por atribuirse al terrorismo de corte islamista desplegado en Occidente por el autodenominado Estado Islámico

⁵ Vid. SERRA CRISTÓBAL, R./GÓRRIZ ROYO, E., “Contraterrorismo: plasmación legislativa reciente e impacto en las libertades y derechos fundamentales” *Cuadernos de Estrategia 188. Seguridad Global y derechos fundamentales*, Instituto Español Estudios Estratégicos, Ministerio Defensa, Madrid, 2017, p.123.

⁶ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Contraterrorismo” en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Valencia, 2018, pp. 1368 y 1369.

⁷ En este último atentado cometido el 11 de diciembre de 2018, el presunto autor (Chekatt) fue abatido apenas 48 horas más tarde de perpetrarlo, en Estrasburgo, donde mató a cuatro personas y dejó heridas a una docena. Es interesante comprobar que las investigaciones policiales aún en curso -al tiempo de cerrar esta publicación- se centran en averiguar cómo y por qué este delincuente común radicalizado, pero que no se consideraba una amenaza inminente, pasó a la acción.

(en adelante, ISIS), y también a sujetos que, sin pertenecer formalmente a esta organización terrorista, llevan a cabo acciones suicidas.⁸

No obstante, si hubiera que ubicar el inicio de los atentados de esta clase de terrorismo “global” a partir de uno de ellos, sin duda habría que aludir a los gravísimos actos terroristas del 11-S de 2001, en Nueva York (EEUU). Incluso puede advertirse que este fue el suceso epocal⁹ con el que arrancó el siglo XXI, toda vez que cabe constatar, que el mismo comportó un cambio de paradigma en las políticas de seguridad.¹⁰ Son muchos los estudios que han tratado de calibrar el impacto de aquel suceso con respecto al concepto de seguridad, pero de lo que no cabe duda es de que, desde entonces, una ola de temor se extendió por la gran mayoría de los países occidentales, entendiéndolo como una amenaza global. De modo que, en realidad, lo que se trasmite y percibe por los ciudadanos, a partir de aquel gravísimo atentado, es la puesta en peligro de nuestro sistema de convivencia, de la seguridad de occidente, en concreto, de la UE y de la seguridad nacional de cada uno de sus estados miembros.¹¹ Y todo ello, en ocasiones, amplificado por un método de transmitir aquellas amenazas basado en los llamados *fake news* propios de la época de la *postverdad*, en el actual contexto histórico en el que tiene lugar el abrupto tránsito desde el Estado del bienestar (*Welfare State*) hasta el Estado Garante -de la seguridad-, y un ulterior producto del mismo, esto es, la llamada *emocracia*.¹² Al respecto, se emplea aquí este término en el sentido propuesto por el profesor ROMERO para aludir a la estrategia de gobernar –o de aspirar a gobernar- apelando a las emociones. Y ello en un contexto de la historia europea, en el que prima la incertidumbre y donde encuentran perfecto acomodo las propuestas populistas y de “repliegue” de las sociedades europeas y el uso que se hace de ello por parte de partidos nacional populistas. Para ello, según el citado autor, se apela “(...) a las emociones con todos los medios a su alcance en la era de las imágenes. A la patria, a la nación, a lo nuestro. Estigmatizando a los otros. Legitimando pulsiones xenófobas y tentaciones de recrecer muros físicos y metafóricos. Deslegitimando y socavando los pilares de la democracia representativa: partidos, instituciones, medios de comunicación, sistema judicial, lo que haga falta. Recurriendo a la mentira y fabricando “hechos alternativos”. Desacreditando a los expertos y a todo aquello que se oponga al objetivo no tanto de defender valores como de alcanzar el poder. De ahí que se empiece a hablar de *emocracias* en lugar de democracias

⁸ Vid. CANO PAÑOS, M.A./CASTRO TOLEDO, F.J., “El camino hacia la (Ciber)Yihad” en *RECPC* 20-15 (2018) p.3

⁹ Vid. REVENGA SÁNCHEZ, M., “Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre” en *Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Valencia, 2015, p. 15.

¹⁰ Vid. ROACH, K., “The 9/11 effect in comparative perspective: some thoughts on terrorism law in Canada, Spain and the United States” en REVENGA SÁNCHEZ, M., *Terrorismo...*, *ibidem*, pág 21 y ss.

¹¹ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Contraterrorismo”, *Op. cit.*, p.1360.

¹² Vid. explicando el empleo de las emociones en las democracias actuales, ARIAS MALDONADO, M., *La democracia sentimental*, 2016, pp. 303 y ss.

como sistema de gobierno.”¹³ Puede decirse que este estado de cosas, propicia la comunicación o trasmisión de emociones -ante todo a través del inusitado papel protagonista que han adquirido los *mass media*- y la percepción que de ellas tienen los ciudadanos, por encima de realizar una comunicación objetiva de los hechos y conflictos sociales existentes. Lo más preocupante de este fenómeno es que impide aplicar a las partes involucradas en dichos conflictos, los derechos y garantías jurídicas propias de una Democracia, a la que aquel otro sistema de gobierno parece dirigido a suplantar, abriendo la puerta a un ejercicio intuitivo de dichos derechos basado en las emociones mayoritariamente aceptadas de forma colectiva y exacerbadas por movimientos populistas (v.gr. sentimientos de odio o desprecio contra el acusado de determinados delitos, en especial, si para éstos existe una figura estereotipada de autor).

Además de este cambio de escenario histórico, político y social, tras el 11-S, se produjo el nacimiento de un nuevo terrorismo de dimensiones globales¹⁴ o terrorismo transnacional¹⁵. De hecho, también Naciones Unidas adoptó una serie de resoluciones¹⁶ instando a los Estados a tomar medidas encaminadas a prevenir la comisión de actos terroristas y salvaguardar la seguridad nacional. Asimismo, la percepción de aquella nueva amenaza global fue el detonante de la promulgación de la legislación contraterrorista contemporánea, actualmente, en vigor en la mayoría de países occidentales (*Post 9/11 counter terrorism legislations*). A todas ellas suele subyacer la idea de la vinculación entre el terrorismo internacional con la mundialización.¹⁷

Uno de los exponentes más claros, en la historia reciente, de respuesta expeditiva a un ataque terrorista execrable, que comportó un recorte exacerbado de libertades, fue la reacción legislativa acontecida en Estados Unidos frente a los ataques del 11-S. Como es sabido, dicha reacción, ante todo, se plasmó en la

¹³ Vid. ROMERO, Joan, “Emocracias” en *Levante. El mercantil valenciano*, 11 de febrero de 2017. Agradezco al autor su amabilidad al explicarme, a través de diversas conversaciones, dicho concepto.

¹⁴ Sobre la mutación que ha experimentado el terrorismo en el s. XXI, vid. DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M., “Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional” en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h.c. Juan M.º Terradillos Basoco*, Valencia, 2018, pp. 1349-1351.

¹⁵ Vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., “Derechos fundamentales y legislación antiterrorista: ¿qué hemos perdido en el camino?” en REPC, vol. XXXIX (2019), p.60.

¹⁶ Tras los atentados del 11-S el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas reconoció que estos ataques constituían una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales (Resolución número 1368, 2001) y, actuando en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, adoptó la Resolución 1373 (2001) instando a los Estados a adoptar una serie de medidas destinadas a reforzar su capacidad jurídica e institucional para combatir las actividades terroristas. Entre otras: tipificar como delito la financiación del terrorismo, congelar fondos a personas que participen en la comisión de ataques terroristas, intercambiar información con otros gobiernos respecto a cualquier grupo que cometa actos terroristas, cooperar con otros gobiernos a fin de investigar, detectar, arrestar, extraditar y enjuiciar a personas que participen en la comisión de dichos actos. Estas previsiones fueron reforzadas en la Resolución 1624, 2005.

¹⁷ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E., “Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización” en ALONSO/CUERDA/FERNÁNDEZ (dirs.) *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, 2018, p. 200.

conocida USA *Patriot Act* (octubre, 2001),¹⁸ aprobada apenas seis semanas después de aquellos ataques terroristas y que trató de ampliarse por la *US Patriot Act II* (2003).¹⁹ A pesar de que la legislación penal estadounidense contenida en la *Patriot Act* (2001),²⁰ es probablemente una de las que mejor ejemplifica la creación de una normativa penal contra-terrorista creada *ad hoc* para garantizar a toda costa la seguridad de una nación, sorteando el necesario respeto a los derechos fundamentales, no podemos obviar que, entrado el s.XXI, se han desarrollado otras muchas legislaciones en países occidentales que, en diversos aspectos, reiteran el patrón acuñado por aquella primera ley estadounidense contra-terrorista²¹. En efecto, una de las respuestas más inminentes frente a la percepción del terrorismo internacional de corte yihadista como amenaza global, consistió en que los distintos países occidentales, en especial europeos, desarrollaran una política criminal que cristalizó en leyes antiterroristas para el endurecimiento de las sanciones penales²² y el adelanto de la intervención penal a través de la creación de nuevos delitos.²³

En el ámbito internacional, aquella tendencia legislativa de endurecimiento de los ordenamientos jurídicos, trajo causa en un primer momento de la Resolución 1373 (2001) de la ONU, y más recientemente del cumplimiento de la Resolución 2178 (2014), para frenar el flujo de combatientes terroristas.²⁴ Desde aquellas resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU hasta hoy, las respuestas brindadas por los Estados a ese nuevo terrorismo han sido variadas²⁵, yendo desde la respuesta militar a amplias reformas de la legislación de cada concreto estado. Cabe advertir que, por sus evidentes efectos simbólicos²⁶, la rama de los diversos sistemas jurídicos más enmendada a este respecto ha sido la legislación penal, que

¹⁸ Vid. The United and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act 2001 (Patriot Act), Pub. L. N.º. 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

¹⁹ Vid. *Domestic Security Enhancement Act (Draft-9 January 2003)*, filtrado en enero de 2003 por el *Department of Justice*, casi al mismo tiempo en que el presidente Bush, llamó a la renovación de la primera *Patriot Act* en el Congreso de EEUU, en enero de 2003. Pese a que aquel borrador de ley fue archivado, por las críticas que suscitó, muchas medidas allí previstas trascendieron a sucesivas leyes (en materia v.gr. de inteligencia y de control de telecomunicaciones).

²⁰ Para un análisis específico de los delitos y penas (federales) introducidos por estas leyes, vid. DOYLE, CH., “The Patriot Act: A Legal Analysis”, *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, The Library of Congress, US, abril 2002, pp. 54 a 61.

²¹ Vid. SERRA CRISTÓBAL, R./GÓRRIZ ROYO, E., “Contraterrorismo: plasmación legislativa reciente...” Op. cit., p.155 y ss.

²² Vid. CARRASCO ANDRINO, “Derechos fundamentales y legislación antiterrorista...” Op. cit., p.62.

²³ Vid. RAMAJ, V.V./HOR, M./ ROACH, K. “Introduction” en *Global anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, 2005, pp. 5 to 7.

²⁴ En la Resolución 2178, de 24 de septiembre de 2014 se contiene una detallada definición de las acciones terroristas que se consideran las principales amenazas que el terrorismo de corte *yihadista* plantea a la comunidad internacional. Esta resolución tuvo una repercusión directa en la LO 2/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal español, así como en el de otros países.

²⁵ Vid. entre otros, ROACH, K., “The 9/11 effect in comparative perspective...”, Op. cit., pp. 21-60.

²⁶ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./FLORES GIMÉNEZ, F., “Seguridad global y derechos fundamentales. Una propuesta metodológica” en *Seguridad y Derechos*, Valencia, 2018, p.60.

progresivamente -y como luego veremos- ha ido adquiriendo los rasgos de un *Derecho penal de excepción* si bien, en demasiados casos, se ha instalado de forma permanente y definitiva en los correspondientes ordenamientos jurídicos, poniendo en entredicho el respeto a los derechos fundamentales. Al respecto, cabe destacar las nuevas leyes antiterroristas aprobadas en diversos países²⁷ así como la modificación de las existentes,²⁸ que han encubierto, en algunos casos, la declaración de algo parecido a estados de emergencia. Pero, sobre todo, ha sido evidente el endurecimiento de los Códigos penales en cada estado, así como, los relevantes pasos dados, en sentido muy similar, en el ámbito de la UE.²⁹ En especial, el Consejo de la UE aprobó un Plan de Acción que contenía un conjunto de medidas para mejorar la eficiencia de la lucha antiterrorista, desde un enfoque global y multidisciplinar. Entre ellas se encontraban tres iniciativas legislativas que han sido adoptadas por el Parlamento y el Consejo: la Directiva relativa a las armas de fuego³⁰; y el Reglamento que modifica el Código Europeo de Fronteras³¹ y finalmente, la Directiva europea citada, sobre Lucha contra el terrorismo (nº 2017/541).³² Como veremos, en esta última se invita a los estados a que se cercioren de que sus normas penales tipifican suficientemente determinadas actividades relacionadas con el terrorismo. Añadido a lo anterior, en el seno del Consejo de Europa se adoptó el Convenio para

²⁷ Vid., entre otras, la ley *Crime and Security Act* de Gran Bretaña, sustituida por *Prevention on Terrorism Act* (2005). Asimismo esta última norma fue revocada el 14 diciembre de 2011, por la Sección 1º de la *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011*.

²⁸ Vid. la ley aprobada en 2006 en Gran Bretaña bajo el título *Terrorism Act* O la Ley francesa *LOI n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*. Y ante todo la insólita declaración del Estado de emergencia en Francia a través del Decreto n°2015-1475[14] que así lo declaró a partir del 14 de noviembre de 2015 a las cero horas sobre el territorio metropolitano francés y Córcega; dicho estado fue sucesivamente prorrogado hasta incluso después del atentado en Niza el 14 de julio de 2016, de modo que el 19 de diciembre de 2016, el estado de emergencia fue prolongado de nuevo hasta el 15 de julio de 2017. Como indica CERDÁ GUZMÁN, C., la vigencia temporal de esta declaración del estado de emergencia es una de las más largas en la historia constitucional francesa y ha acarreado numerosos recortes de derechos fundamentales. Vid. “Los derechos fundamentales y la lucha contra el terrorismo: Francia bajo Estado de Emergencia” en *Revista de Derecho Constitucional europeo*, nº 27, enero-junio, 2017, (apartado 1.2.a.2)

²⁹ A pesar de que en la UE la responsabilidad principal de diseñar el sistema legal en materia de seguridad nacional y de su aplicación a nivel interno recae en cada Estado miembro (art. 72 TFUE), la Unión se ha embarcado en la armonización de los sistemas jurídicos a fin de lograr una mayor eficacia en la lucha contra el terrorismo (art. 29 del Tratado UE). Entre otros mecanismos procesales penales al respecto, cabe citar la Decisión del Consejo de 28 de noviembre de 2002, que establece un mecanismo para evaluar los sistemas legales y su desarrollo a nivel nacional en la lucha contra el terrorismo (2002/996/JHA); Directiva 2014/41/CE del Parlamento y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre orden europea de investigación en materia penal; Estrategia Renovada de Seguridad Interior 2015-2020.

³⁰ Directiva (UE) 2017/433 de la Comisión de 7 de marzo de 2017 que modifica la Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

³¹ Reglamento (UE) 2017/458 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores.

³² Vid. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017. La misma sustituyó la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y modificó la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

la prevención del terrorismo en 2005³³ y su Protocolo adicional, conocido como Protocolo de Riga, de 2015.³⁴

Junto a lo anterior, no puede obviarse un último suceso que está marcando el escenario político europeo más reciente, esto es, el proceso denominado *Brexit*³⁵, a tener muy en cuenta, como posible factor desestabilizador en Europa³⁶ y posible brecha de seguridad. Al menos por cuanto, la salida de UK de la UE afectaría, a medio y largo plazo, a las capacidades antiterroristas de UK, especialmente a su comunidad de inteligencia³⁷, duramente criticada tras los atentados de 2017, en suelo británico.³⁸ Por consiguiente, parece que tanto las dificultades para mantener el liderazgo de la UE en seguridad y defensa³⁹, dentro de actual contexto histórico, como las posibles fricciones entre la política antiterrorista de la UE y los derechos fundamentales individuales, van a hacer precisa la intervención de instituciones como el Parlamento Europeo y/o el Tribunal de Justicia, más allá de aprobar Directivas como la 2017/541 y, a raíz de ésta, implementar reformas penales en los estados miembros.

2.2. *Contenido esencial de la Directiva 2017/541/UE*

Sentado el contexto histórico y político en el que se gesta la *Directiva* 2017/541/UE, conviene analizar, brevemente, el *contenido* de la misma, dada su importancia para entender la reforma penal acometida en nuestro país por LO 1/2019. Brevemente hay que destacar que, en su parte programática o “considerandos”, dicho instrumento comunitario declara que su finalidad, a través de los 31 artículos que contiene, es combatir actos terroristas⁴⁰. En desarrollo de esta idea, la

³³ Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Convenio no 196 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

³⁴ Protocolo adicional al Convenio para la Prevención del Terrorismo, de 22 de octubre de 2015, que tiene por finalidad dar una respuesta penal para perseguir a los llamados combatientes terroristas extranjeros.

³⁵ Vid. BAR A., “The UK, the EU and “Brexit” 1972-2017” en SOLANES CORELLA/GÓRRIZ ROYO (dirs.) *Legal Challenges of the XXI Century*, Valencia, 2017, pp. 79-122.

³⁶ Como ha podido destacarse, ante todo, la salida del Reino Unido plantea un problema de capacidad de liderazgo en la seguridad y la defensa de la Unión Europea. Vid. ARTEAGA, F., “La defensa y la seguridad de la UE tras el Brexit” en *Revista Elcano*, nº 14, I Mayo-Junio, 2016, p. 86.

³⁷ Según REINARES, F./ GARCÍA-CALVO, C., con la salida de la UE, UK no podrá beneficiarse del acceso a bases multilaterales de datos de la UE, ni podrá contar con Europol ni con su nuevo Centro Europeo contra el Terrorismo, por lo que la capacidad preventiva de dicho país podría quedar mermada. Vid. “Brexit, Terrorismo y Antiterrorismo”, en *Revista Elcano*, nº 14, I Mayo-Junio, 2016, pp. 82 y 83. Esta opinión ha de conectarse a los actos terroristas cometidos en UK tras el Brexit, en especial el ataque al Parlamento de Westminster en marzo de 2017 y el trágico atentado en el pabellón Arena de Manchester, en mayo de 2017.

³⁸ Pese a ello la anterior Primera Ministra, *Theresa May*, se comprometió a “cambiar las leyes de derechos humanos si se interponen en el camino de la lucha contra el terrorismo”. Vid. www.bbc.com (6 June 2017)

³⁹ Al respecto el 18 de abril de 2019, el Parlamento Europeo dio el visto bueno provisional a la creación de un Fondo Europea de Defensa dotado con 13.000 millones de euros para el período 2021-2027. No obstante vid. *El País de 13 de mayo de 2019* (www.elpais.com): “EEUU amenaza a Europa con represalias si impulsa en solitario sus proyectos de defensa.”

⁴⁰ Por tales, se entiende “(...) una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y el disfrute de los derechos humanos y de las libertades

Directiva pone el acento en la *gravedad* que caracteriza a los actos de terrorismo al considerar que éstos “(...) son de extrema gravedad, ya que pueden llevar a la comisión de delitos de terrorismo y permitir que los terroristas y los grupos terroristas mantengan y sigan desarrollando sus actividades delictivas, lo que justifica la tipificación penal de dicha conducta.” (Csd. 9º) Como expresión de estas ideas, el art. 3 de la citada directiva contiene una definición de terrorismo⁴¹ que, en efecto, como destaca BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, da preponderancia al rasgo de la gravedad del delito y a la entidad de la violencia empleada, por encima de que su finalidad sea política.⁴² No obstante, al devaluar la importancia de la finalidad política del terrorismo, como indica LAMARCA, se corre el riesgo de no diferenciar este fenómeno de otras formas de violencia política o social espontáneas, sin finalidades específicas a largo plazo⁴³. Pudiera ser que, dada la virulencia del terrorismo que se trata de combatir, esto es, aquel de corte yihadista procedente de organizaciones como el ISIS (en adelante, también DAESH), la citada Directiva enfatice como una posible finalidad, la intensa gravedad de estos delitos. Mas resulta criticable la desvinculación de una finalidad política, pues a la postre puede conducir a confundir el terrorismo cometido por organismos estables, con otros graves actos cometidos por organizaciones criminales, siendo como son, cosas distintas.

Además de esta objeción, la Directiva suscita múltiples cuestiones, ante todo porque centra la persecución penal en dos figuras de autor, como son, de un lado, la de los llamados “combatientes terroristas extranjeros” (*Foreign Terrorist Fighters*, en adelante, FTFs), esto es, quienes “(...) viajan al extranjero con fines terroristas. Los combatientes terroristas extranjeros que regresan suponen una importante amenaza de seguridad para todos los Estados miembros. Los combatientes terroristas extranjeros han estado relacionados con atentados y

fundamentales, en los que se basa la Unión. También representan uno de los ataques más graves contra la democracia y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros y en los que se fundamenta la Unión” (Considerando 2º).

⁴¹ En términos de “actos intencionados, tipificados como delitos con arreglo al Derecho nacional, que, por su naturaleza o contexto, pueden perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional, se tipifiquen como delitos de terrorismo cuando se cometan con uno de los fines enumerados en el apartado 2 (...)” Los fines a los que se refiere el art. 3. 1º, serían: “a) intimidar gravemente a la 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”.

⁴² Como destaca el citado autor, para que un hecho sea considerado terrorismo se precisa “(...) que sea una acción delictiva de gran gravedad, susceptible de producir terror, llevada a cabo desde una estructura estable y realizada con una finalidad política”, en “Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global”, en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Valencia, 2018, p.1323. Como es sabido, en la doctrina penal se reiteran dos elementos consustanciales al concepto de terrorismo: el elemento *teleológico* o la finalidad política y el elemento *estructural* o existencia de una organización que usa la violencia con fines de estrategia política. Vid. LAMARCA PÉREZ, C., “La dimensión política del terrorismo” en *Liber Amicorum*, Op. cit., p. 1341.

⁴³ Vid. LAMARCA PÉREZ, C., “La dimensión política del terrorismo” Op. cit., p. 1338.

complots recientes en varios Estados miembros”. En segundo lugar, la Directiva se dirige a combatir además la “creciente” amenaza que supone otro grupo compuesto por “(...) personas que, aunque permanecen dentro de Europa, reciben inspiración o instrucciones de grupos terroristas situados en el extranjero” (Csd. 4º).

Con la mera indicación de estos aspectos objetables de la Directiva 2017/541/UE parece evidente que el fenómeno del terrorismo desborda, en la actualidad, a la categoría de delito para mutar en la idea de amenaza,⁴⁵ y ello ha servido como ratio para responder con consecuencias jurídicas que comprometen claramente la validez de los derechos y libertades fundamentales. Junto a ello no es menos significativo el empleo expansivo que se hace de la calificación de determinados comportamientos como “terroristas” a pesar de que, materialmente, no dejan de ser actos preparatorios. Estas dos tendencias que pueden inscribirse en el fenómeno de la utilización simbólica del Derecho penal⁴⁶ y, como luego veremos, verifican las características propias del Derecho penal del enemigo, son criticables porque la calificación formal como delitos, de actos que, materialmente, serían preparatorios, puede conducir a una devaluación de la legitimidad de esta regulación, así como a contrarrestar su efecto preventivo. Pero además la desproporción en las consecuencias jurídicas debiera ser especialmente constreñida en materia contraterrorista⁴⁷. Ante todo, porque, como es sabido, tradicionalmente los delitos terroristas ya están castigados con las más severas penas privativas de libertad y de otros derechos, de modo que la reforma “in peius” de dichas penas no debiera ser lo común o cuanto menos, debería ir acompañada de una mayor fundamentación en cuanto al impacto en aquellos derechos, y de estudios -tanto desde la perspectiva criminológica como penitenciaria-, de los fines perseguidos con la agravación de las penas.

No parece, sin embargo, que esta haya sido la dirección seguida por la Directiva. De hecho, la misma adopta una postura a favor de circunscribir esta clase de terrorismo en un contexto bélico como se deduce del propio considerando 12, 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 exterior. Por todo ello resulta necesario analizar si los delitos previstos en dicha Directiva pue-

⁴⁴ Claramente, se deduce, entre otros, del Csd. 14 de la Directiva cuando señala que “Además de este enfoque preventivo, la financiación del terrorismo debe tipificarse en los Estados miembros. La tipificación penal no solo debe abarcar la financiación de actos terroristas, sino también la financiación de grupos terroristas, así como la de otros delitos relacionados con las actividades terroristas, como la captación y el adiestramiento o los viajes con fines terroristas (...)”

⁴⁵ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Servicios de inteligencia y contraterrorismo” en *Terrorismo y contraterrorismo...* Op. cit., p.118 y ss.

⁴⁶ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Reflexiones sobre el terrorismo...” Op. cit., p.1325.

⁴⁷ Vid. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “¿Nullum crimen sine lege? El impacto de la regulación punitiva de los delitos de terrorismo en la seguridad jurídica de los ciudadanos, en *Seguridad y Derechos*, Op. cit., p. 502.

den cristalizar en lo que GONZÁLEZ CUSSAC ha denominado, modalidad híbrida entre amenaza y delito, en el ordenamiento interno de cada país miembro de la UE;⁴⁸ y si, con ello, puede propagarse el Derecho penal del enemigo en el ámbito comunitario. Con todo, se atenderá en especial, por razones obvias, a su trasposición en nuestro ordenamiento jurídico.

2.2.1. Principales medidas contraterroristas

El principal objetivo de la Directiva 2017/541 habría sido el de unificar o armonizar la definición de determinados delitos de terrorismo en el espacio de la UE. Teniendo esto presente, puede decirse que las medidas contraterroristas que propuso introducir se vertebraban, principalmente, sobre cinco ejes: a) creación de delitos relativos a los FTFs, a fin de, teóricamente, impedir su reclutamiento y adiestramiento; b) tipificación de delitos terroristas, organizados o perpetrados *online* o a través de Internet y, en particular, de redes sociales (art. 5 Directiva); c) adelantamiento de la intervención penal, elevando a la categoría de delitos, lo que materialmente son actos preparatorios tales como la provocación pública, el adoctrinamiento, captación o financiación de actos terroristas (arts. 5 a 12 Directiva); d) ampliación/refuerzo de las medidas de protección, apoyo y asistencia a las víctimas.

A primera vista, estas medidas parecen dirigidas a luchar contra un concreto tipo de terrorismo, el denominado yihadista dado que las conductas que se exhorta a tipificar se basan en el *modus operandi* que, desde la perspectiva criminológica, esta clase de terrorismo suele emplear. De modo que, entre otros, se conminan actos de adoctrinamiento, captación, radicalización o adiestramiento; toda vez que parece asumirse su comisión, en unas ocasiones por células o, en otras, por individuos aislados -los denominados por la prensa “lobos solitarios”⁴⁹-, vinculados de manera más difusa a estructuras organizadas. No obstante, no hay que descartar *prima facie*, que una vez tipificados como delitos algunos/s de aquel/los ilícitos en las legislaciones nacionales, puedan también dirigirse a combatir otras manifestaciones del terrorismo de diversa índole (v.gr. aquel de extrema derecha, o de corte nacionalista etc.) Esto sentado, es esperable que el siguiente estudio de dichas medidas contraterroristas permita valorar, con posterioridad, si eran político-criminalmente demandables nuevas reformas penales en materia terrorista en nuestro país, en los términos de la LO 1/2019, de 20 de febrero. O más bien, dichas medidas se insertan en aquella tendencia hacia un Derecho penal excepcional -pero muy permanente- de muchos ordenamientos penales europeos.

⁴⁸ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Servicios de inteligencia y contraterrorismo” en *Terrorismo y contraterrorismo en el s. XXI* (dirs. Portilla Contreras/Pérez Cepeda), Salamanca, 2016, 118 y ss.

⁴⁹ LAMARCA PÉREZ destaca la escasez de estos supuestos en “La dimensión política” Op. cit., p. 1345.

2.2.2. ¿Son los combatientes terroristas extranjeros una nueva expresión del Derecho penal de autor?

Una de las novedades más importantes de la Directiva es que introduce el concepto de “combatientes terroristas extranjeros” (vid. considerandos 4, 5, 6, 12 y 31) para identificar a algunas figuras de autor de estos delitos. Pese a que se trata de una metodología cuestionable, se basa en la advertencia de una problemática sobre la que, desde luego, no puede trivializarse, pues el aumento de dichos combatientes en ciertos conflictos bélicos recientes,⁵⁰ ha comportado una amplificación de la amenaza terrorista en los países occidentales de los que salieron y a los que, tras el conflicto, suelen retornar.⁵¹ En especial, aunque hay precedentes anteriores⁵², el moderno fenómeno denominado FTFs suele asociarse con combatientes occidentales reclutados por los principales *grupos yihadistas que operaban* en distintos conflictos bélicos (particularmente, desde 2012, en la guerra de Siria⁵³), para desplazarse a las zonas de conflicto y, con posterioridad, retornar a sus países de origen en Europa o EEUU, donde perpetrar atentados terroristas. Esta movilización de combatientes, a gran escala, es percibida como una de las principales amenazas a la seguridad de los países europeos, en tiempos recientes. Con respecto a las cifras de este fenómeno, según estudios realizados por diversos organismos (vid. *Radicalisation Awareness Network*, RAM), se calcula que hasta 2017, más de 42.000 combatientes terroristas se unieron al DAESH, procedentes de 120 países.⁵⁴ De ellos más de 5000 FTFs, procedían de Europa, en concreto, de países de Bélgica, Francia, Alemania y UK (pero también de Italia, España y Suecia, entre otros)⁵⁵.

⁵⁰ Vid. *RAN Manual. Responses to returnees: Foreign terrorist fighters and their families*, July 2017, *Radicalisation Awareness Network*, Center of Excellence, p. 6 (https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/ran_br_a4_m10_en.pdf).

⁵¹ Según TRAM ANH, N., conforme al Informe sobre Situación y Tendencias del Terrorismo publicado por la Oficina Europea de Policía (Europol) el 15 de junio de 2017, entre las 14 tendencias terroristas cabe incluir que “(8) Está previsto que continúe la afluencia de refugiados y migrantes a Europa desde zonas de conflicto existentes y nuevas; ISIS ya ha explotado el flujo de refugiados y migrantes para enviar individuos a Europa para cometer actos de terrorismo. ISIS y posiblemente otras organizaciones terroristas yihadistas pueden seguir haciéndolo” en “La lucha antiterrorista de la Unión Europea y perspectivas para la cooperación UE-ASEAN”, p. 4 (documento *online* y también en www.fundacionalternativas.org)

⁵² Algunos conflictos previos donde pudo apreciarse este fenómeno, son, en los años 80, el de Afganistán y la URSS, o el de Bosnia-Herzegovina (e incluso Chechenia); en los años 90 e Irak y Somalia en el año 2000. Vid. *RAN Manual. Responses to returnees...* Op. cit., p. 15. VIDINO, L., “European Foreign Fighters in Syria: dynamics and responses” en *European View* (2014) 13, p. 218.

⁵³ Según VIDINO, desde mediados de 2013 las agencias de inteligencia estadounidenses y europeas, detectaron que grupos como *Jabhat al Nusra* y el autoproclamado Estado islámico en Irak y el Levante (en adelante, ISIS), comenzaron a reclutar a estos combatientes. Vid. “European Foreign Fighters in Syria” Op. cit., p.219.

⁵⁴ Vid. *RAN Manual: Responses to returnees...* Op. cit., p. 15. Estas cifras coinciden con las de la ONU. Vid. www.bbc.com “How many IS foreign fighters are left in Iraq and Syria?” 20 February 2019.

⁵⁵ *Ibidem*. Según RAGAB, E., en 2015, unos 11.000 combatientes, procedían de Oriente medio, de un total de 20.730, conforme a los datos del *International Institute for the Study of Radicalization and Political Violence*, en “Returning Foreign Terrorists: what type of Security Challenges are they posing?” en *Violent Extremism*, Op. cit. p. 87.

En especial, resulta de interés el dato según el cual, el porcentaje medio de FTFs que han vuelto a Europa es alrededor del 30% de aquéllos previamente desplazados, si bien esta cifra es mayor en países como Dinamarca, Suecia y UK.⁵⁶ La movilización de FTFs alcanzó su máximo en 2015, con relación a la guerra de Siria, empezando a descender en 2016, coincidiendo con un momento de llamativo retorno de aquella zona de conflicto⁵⁷. Si bien parece exagerado hablar de éxodo masivo, no puede obviarse que con el colapso del DAESH dicho proceso de retorno puede ir en aumento, aunque sea gradual, lo que, en todo caso, ha despertado gran preocupación en Occidente⁵⁸. No obstante, estudios empíricos revelan que, en realidad, puede haber una dispersión en el flujo de retorno (o *reverse flow*) de los *foreign fighters*, pues han podido seguir hasta tres direcciones⁵⁹: un primer destino puede ser hacia otras zonas de conflicto, fuera de Siria e Irak (v.gr. Libia, el norte de Sinai, Yemen o la región de Sahel); en segundo lugar, pueden movilizarse hacia terceros países vecinos de Siria e Irak y en estos casos, iniciar un proceso de desradicalización; por último, pueden volver a sus países de origen. Este último caso sería, en propiedad, el de los “retornados” (returnees) que vuelven a países occidentales (v.gr. entre otros, Reino Unido, Dinamarca o Suecia) y que, si en efecto, han sido combatientes se entiende que personalizan la amenaza de nuevos atentados terroristas, por diversos motivos. Ante todo, por el llamado *blowback effect*,⁶⁰ es decir, porque dada la experiencia que han adquirido como combatientes en una guerra, se presume que son más proclives a perpetrar atentados terroristas, cuando regresan a sus países de origen o a terceros países (v.gr. fue el caso de los atentados de Londres). Entre segundo lugar, por la red de contactos con la que cuentan y, en tercer lugar, por la perspectiva ideológica radical que comparten.⁶¹ En especial, es muy llamativa la capacidad de atracción que tuvo el ISIS respecto de combatientes extranjeros hacia Siria, pues se pudo contabilizar que, desde 2014, representaban alrededor del 50% de esta organización⁶². Las razones del éxito de dicho efecto llamada hacia Siria son muy dispares pudiendo señalarse, entre otras, que, en el seno de aquella organización terrorista, dicho viaje proporcionaba, en unos casos, cierto status, la posibilidad de tener domicilio y mujeres como esclavas; en otros, por la oportunidad de dar ayuda humanitaria; para otros, ofrecía la expectativa de la aventura o una nueva vida, dentro de un claro marco ideológico y moral⁶³. Por lo que toca a los métodos de reclutamiento, se ha podido detectar, de forma frecuente,

⁵⁶ Vid. *RAN Manual: Responses to returnees...* Op. cit., p. 15.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Según el *RAN Manual*, en los próximos años, se espera que, desde Siria e Irak, retornen a la UE entre 1.200 a 3000 personas, pudiendo ser el índice de FTFs de entre 20-30%, *ibidem*.

⁵⁹ Vid. RAGAB, E., “Returning Foreign Terrorists...” pp. 88-90

⁶⁰ Vid. VIDINO, en “European Foreign Fighters in Syria...” Op. cit., p 218. Vid. *RAN Manual: Responses to returnees...* Op. cit., p. 15.

⁶¹ Vid. VIDINO, en. “European Foreign Fighters in Syria...” Op. cit., p 219.

⁶² Vid. RAGAB, E., “Returning Foreign Terrorists...” Op. cit., p.87

⁶³ Vid. *RAN Manual: Responses to returnees...* Op. cit., p. 17.

el empleo de técnicas de grooming, para identificar la debilidad y explotar a individuos, tanto a través de técnicas online como offline.⁶⁴ Con respecto al perfil de los individuos que finalmente devienen FTFs, suele distinguirse entre combatientes masculinos, mujeres y menores⁶⁵. Por lo general, la figura masculina personificaba al combatiente del ISIS, mientras que se confiaba en las mujeres extranjeras para proporcionar unos hábitos normales de vida a aquéllos. No obstante, el rol de ellas ha ido variando, pudiendo advertirse desde situaciones en que eran víctimas o explotadas (incluyendo, su instrumentalización para ataques suicidas); hasta integrantes activas de alguna facción del ISIS⁶⁶. Por su parte, los menores vinculados a extranjeros/as, han sido empleados, con frecuencia, como informantes a los que se podía controlar⁶⁷. Con la derrota territorial del autoproclamado grupo yihadista DAESH, ha tenido lugar la aparición de grupos de mujeres extranjeras en campos de refugiados que trataban de retornar -normalmente, junto con menores-, de las zonas liberadas⁶⁸, indicando los expertos que, por lo general, manifiestan un riesgo bajo pues muchas eran víctimas⁶⁹.

Así delimitado brevemente el fenómeno de estos combatientes, en el ámbito jurídico se dio respuesta para prevenir su propagación, desde instancias internacionales acuñándose, a tal efecto, el término FTFs para denominarlos, por primera vez, en la Resolución de la ONU 2170 (2014). El Consejo de Seguridad entendió por tales “(...) 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 (...)”.⁷⁰ No obstante, parece preciso indagar más acerca de los orígenes de dicho fenómeno, pues aun cuando la realidad

⁶⁴ Vid. *RAN Manual: Responses to returnees...* Op. cit., p. 17.

⁶⁵ Vid. BARRET, R., *Beyond the Caliphate: Foreign Fighters and the threat of Returnees*, The Soufan Center, 2017, pp. 22-25.

⁶⁶ En concreto la facción del ISIS denominada *Al Khansaa*, que, bajo ciertas circunstancias, permitió a las mujeres a realizar la *yihad*. Vid. BARRET, R., *Beyond the Caliphate...* Op. cit., p. 23.

⁶⁷ Vid. RAGAB, E., “Returning Foreign Terrorists...”

⁶⁸ Vid. el caso de tres españolas vinculadas al ISIS (Yolanda Martínez, Luna Fernández y Lubna Miludi) en el campo de refugiados *Al Hol* en Siria. Vid. El País de 4 d abril de 2019 “Las tres españolas de ISIS: solo deseamos irnos”.

⁶⁹ De hecho, las mujeres que retornan (*women returnees*) suelen hacerlo por uno o varios de los siguientes motivos: caen en la desilusión tras una experiencia de sufrimiento y sometimiento; sus maridos murieron; buscan tratamiento médico y apoyo familiar; y, en unos pocos casos, algunas mujeres pueden ser liberadas y rescatadas por sus familias occidentales. Vid. RAGAB, E., “Returning Foreign Terrorists...” Op. cit.p. 90.

⁷⁰ Vid. Resolución aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272ª sesión, celebrada el 24 de septiembre de 2014, p.2/9. En dicha resolución el Consejo de Seguridad ya expresó “grave preocupación por quienes intentan viajar para convertirse en combatientes terroristas extranjeros”. En su punto 4º (p.3/9) se exhorta a los estados miembros a que cooperen en las iniciativas para enfrentar la “(...) amenaza que plantean los combatientes terroristas extranjeros, lo que incluye prevenir la radicalización conducente al terrorismo y el reclutamiento de combatientes terroristas extranjeros, entre ellos niños, evitar que los combatientes terroristas extranjeros crucen sus fronteras, obstaculizar y prevenir la prestación de apoyo financiero a los combatientes terroristas extranjeros y concebir y poner en práctica estrategias de enjuiciamiento, rehabilitación y reintegración de los combatientes terroristas extranjeros que regresen”.

demuestra que los combatientes extranjeros -sobre todo desde 2012-, constituyen un flujo dirigido a luchar, entre otras, en la guerra de Siria, en ocasiones en aquel concepto se fusionan, de manera confusa, las figuras del terrorista, del migrante -y/o refugiado- y del yihadista,⁷¹ sin ser evidente si dichos extranjeros persiguen por fin, en todo caso, cometer actos terroristas.⁷²

Sin ánimo de exhaustividad, es necesario, acudir al análisis criminológico para poner de manifiesto los rasgos que de manera más común suelen atribuirse a los llamados FTFs. Así, en primer lugar, cabe apuntar que responden a una suerte de patrón que, inicialmente, se fragua a consecuencia de que son objeto de un proceso de radicalización que tiene éxito. Puede decirse que, *latu sensu*, son producto de dicho proceso, lo que implica aceptar, como obligación individual, participar en la “guerra santa” que se desarrolla en el extranjero, asumiendo incluso el sacrificio de su propia vida. Al haber alcanzado -en una escala de cuatro fases- el nivel máximo de *yihadización*⁷³, es evidente su compromiso con la yihad y están preparados para viajar al extranjero.

En segundo lugar, dichos combatientes suelen compartir la idea de “humillación por delegación”, es decir, forman parte del grupo de población musulmana, asentada en Occidente, que hace suyos los conflictos internacionales que se pueden estar desarrollando a miles de kilómetros y en los que se evidencia el sufrimiento de personas que comparten su religión y que se consideran víctimas de las políticas anti-islámicas desarrolladas por los países occidentales⁷⁴.

En tercer lugar, quienes efectivamente viajan al extranjero para combatir en la yihad, no solo transitan por aquel proceso de radicalización, sino que además acceden a los estadios más elevados del mismo y por tanto manifiestan un nivel de radicalización difícilmente *reversible*. Por ello, son capaces de desplazar físicamente su agresión hacia los que consideran *enemigos* y comprometerse, cada vez más, con la moral que justifica ataques terroristas,⁷⁵ una vez retornan de las zonas de guerra.

Como conclusión preliminar cabe llamar la atención sobre la reciente tendencia a estereotipar la figura de los combatientes terroristas extranjeros, incluso por vía legislativa, si bien no se destacan rasgos relativos a su conducta más allá de un

⁷¹ Vid. MARRERO ROCHA, I., “Foreign fighters and jihadists: challenges for international and European security” en *Paix et Sécurité Internationales*, nº 3, janvier-déc. 2015, p.86.

⁷² De modo que si persiguieran otros fines distintos al de perpetrar el terror (v.gr. asistencia humanitaria, huir de una situación de grave peligro o investigar o recabar información sobre el conflicto bélico con fines científicos, etc.) no deberían recibir ni el calificativo de “combatientes” ni el de “terroristas”.

⁷³ Vid. CANO PAÑOS, M.A./CASTRO TOLEDO, F.J., siguiendo el estudio de 2007 de SILBER y BHATT, en “El camino hacia la (Ciber)Yihad” Op. cit., pp. 6-7

⁷⁴ Vid. CANO PAÑOS, M.A./CASTRO TOLEDO, F.J., “El camino hacia la (Ciber)Yihad” Op. cit., pp. 7-8.

⁷⁵ Vid. CANO PAÑOS, M.A./CASTRO TOLEDO, F.J., quienes, siguiendo la investigación en el ámbito de la Psicología de *Moghaddam*, ubican a quienes son enviados a combatir, entre la segunda y la quinta fase (de cinco niveles) del proceso de radicalización en “El camino hacia la (Ciber)Yihad” Op. cit. p.9

propósito de viajar al extranjero⁷⁶. No obstante, dichas conductas suelen venir acotadas por referencia a sujetos que han experimentado un proceso en que se radicalizan; y si, en concreto, hablamos de terrorismo, con mucha frecuencia se refiere a la ideología o creencias yihadistas. Lo anterior no puede tenerse como una mera directriz teórica, sino que, en la práctica, ha de permitir discriminar entre quienes manifiestan aquellas características derivadas de experimentar un proceso de radicalización y quienes no lo hacen, si bien pueden coadyuvar a los anteriores (v.gr. familiares, menores a su cargo etc.); o para diferenciar respecto a quienes, simplemente, los acompañan en su tránsito al extranjero o de vuelta al país de origen (v.gr. migrantes por la guerra). A mi modo de ver, ha de poderse distinguir casos y jurídicamente ha de dárseles una respuesta penal distinta a cada uno de ellos, sin descartar, en algunos supuestos, optar por la impunidad.

Pese a que lo anterior sería lo deseable, para fundamentarlo se echa en falta más estudios de índole jurídica orientados, no a estereotipar o delimitar un perfil de autor, sino a definir las conductas de personas que, en el contexto de movilizaciones a gran escala, hacia o de vuelta de conflictos bélicos, tengan relevancia penal. Se evitaría así fundar la respuesta penal en quienes verifican ciertos rasgos por su forma de vida o por presentar un supuesto perfil de “combatiente extranjero”, pues por más que así se pretenda generalizar un patrón, en él se entrecruzan y confunden los caracteres de otros sujetos y a la postre, con dicha generalización, se tiende a configurar un Derecho penal de autor.

A pesar de la escasez de estudios en el ámbito jurídico, la Directiva europea optó por inspirarse en un supuesto perfil general del terrorista combatiente extranjero y regular algunos supuestos referidos a ellos en los arts. 9 y 10, basándose en los que previamente había delimitado la Resolución de la ONU 2170 (2014), que ya expresaba grave preocupación sobre dicho fenómeno. Así pues, sin definir teóricamente dicho perfil, la Directiva exhorta a los estados miembros a tipificar, respectivamente, dos delitos cuyo ilícito, realmente, queda difuminado en cuanto se aleja considerablemente de la ejecución de cualquier acto terrorista. Así sucede cuando se requiere a los estados miembros que tipifiquen los “viajes con fines terroristas” (art. 9), pudiendo tener este delito dos modalidades, dependiendo de si los viajes se realizan “a un país que no sea ese estado miembro” (apdo. 1º) o a “(...) un Estado miembro” (apdo. 2º). En ambos casos son delitos exclusivamente dolosos, si bien ello apenas permite acotar la amplitud del tipo penal pues, en el caso de que el viaje sea de un Estado miembro a otro estado miembro de la UE, la conducta se tipificará como delito si es “(...) a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del artículo 3, de la participación en las actividades

⁷⁶ Además, según VIDINO, la evidencia empírica de conflictos previos, muestra que solo una pequeña minoría de *foreign fighters* se involucran en actividades terroristas una vez vuelven a sus hogares. “European Foreign Fighters in Syria” Op. cit., p 219

de un grupo terrorista con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas de tal grupo a tenor del artículo 4, o del adiestramiento o la recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de los artículos 7 y 8” (apartado 1º). Tampoco parece que el refuerzo de la intencionalidad a través de la prueba de un elemento subjetivo como es el relativo a los “fines de la comisión o contribución a la comisión de un delito de terrorismo” -de los definidos en la Directiva-, permita cerrar mucho el ámbito típico, dado que, a la postre, dicho viaje al extranjero resultará delictivo o no, dependiendo de la dificultosa prueba de unos fines que, en absoluto, se tienen que materializar. Es decir, para la consumación bastará probar el mero propósito junto con la acción de viajar al extranjero. Y, además, se equipara la intención de cometer -o ser autor de un delito terrorista-, a la de colaborar -o ser partícipe en el mismo-, fraguándose así un concepto unitario de autor, respecto a dichos combatientes.

Como se ha indicado, una segunda modalidad de conducta es aquella en que el viaje se realice a un Estado miembro –parece que desde el exterior de la UE-, (apartado 2º) a los fines de la comisión de un delito de terrorismo de los definidos en la Directiva europea, o para participar en actividades terroristas si se tiene conocimiento de que con ello se contribuye a actividades delictivas o de adiestramiento para el terrorismo (apartado 2º, a, art. 9). Pero es que, además, la intervención penal llega a adelantarse hasta el límite de que se exhorta a tipificar actos preparatorios “(...) realizados por una persona que entre en dicho Estado miembro con ánimo de cometer o contribuir a la comisión de un delito terrorista a tenor del art. 3”. Es decir, aún cuando la realización de un viaje en sí ya puede, materialmente, considerarse un acto preparatorio, se anticipa el castigo hasta el punto de punir actos realizados por la persona que ya ha entrado -el uso de este verbo, hace suponer que procede del “exterior” de un Estado miembro-, a un país miembro, con ánimo de cometer o contribuir a la comisión delitos terroristas. En puridad, ello implica castigar la preparación de la preparación, lo que comporta un censurable avance de la reacción penal, pues podrían estar castigándose actuaciones inocuas⁷⁷, tales como comprar material para realizar un viaje (v.gr. ropa, mapas) o incluso los billetes del medio de transporte elegido.

En términos similares, la Directiva respalda la tipificación de otros delitos relativos a “organizar y facilitar dichos viajes” (art. 10) a Estados miembros cuando, realizados intencionadamente, se demuestre que con ello se ayuda a viajar a una persona con fines terroristas en los términos del art. 9.1 y 9.2 a). Puede apreciarse gran vaguedad en la definición de la conducta típica pues, en términos muy genéricos, se alude a “organizar y facilitar” viajes, sin especificar ningún medio de comisión ni conducta más concreta a este respecto. De nuevo se introduce así la punición de

⁷⁷ Vid. ALONSO RIMO, A., “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación” *InDret 4/2017*, Barcelona, octubre de 2017, p. 56.

actos preparatorios para la preparación (con un viaje) de la comisión de actos terroristas, delito que además pivota sobre otro tenue elemento subjetivo, relativo a la prueba de los “fines terroristas”.

Para concluir con el análisis de estos delitos, es necesario remarcar que esta Directiva ha tenido influencia directa en la legislación penal española, pues los preceptos comentados han inspirado la reforma del art. 575.3 CP, a través de la LO 1/2019, de 20 de febrero. De hecho, -en un malogrado intento de adaptarse a dicha normativa comunitaria-la reforma de LO 1/2019, eliminó el requisito de la conducta típica de aquel precepto que castigaba a quien, teniendo por fin capacitarse para cometer delitos terroristas o para colaborar con una organización o grupo terrorista o para cometer cualquier delito terrorista, hubiera de trasladarse o establecerse en un territorio extranjero “controlado por un grupo u organización terrorista”. Ahora solo se requiere que, con los mismos fines, aquella persona “(...) se traslade o establezca en un territorio extranjero”. No obstante, este recorte en la redacción es muy criticable porque lejos de restringir el ámbito típico, amplía desmesuradamente la aplicación de este delito.

2.2.3. *Provocación pública y apología de delitos terroristas online*

La segunda tendencia legislativa que la Directiva 2017/541 trató de fomentar, en las legislaciones penales nacionales, es la de tipificar delitos de provocación pública de delitos de terrorismo por medios *online* u *offline*. Así lo prevé expresamente el art. 5 de aquella directiva, ofreciéndose pautas interpretativas al respecto en el Considerando 10, al incluir, a título de ejemplo, la apología, la justificación del terrorismo o la difusión de imágenes por vía presencial o virtual⁷⁸. En su desarrollo, el art. 5 de la misma directiva conmina a los Estados miembros a castigar como delito “(...) 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 artículo 3, apartado 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.”

En el análisis de los concretos actos de provocación pública que exhorta a tipificar la Directiva, destaca el hecho de que se incluya entre otros, la apología, la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes. Ello unido a la literalidad del art. 5 donde, en concreto, se exhorta a tipificar los delitos de provo-

⁷⁸ Allí se indica que “Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo 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 (...)*” (cursiva añadida).

cación pública a la comisión de un delito de terrorismo, permite llegar a la conclusión de que en realidad no se trataba de una lista cerrada de actos de provocación pública, sino con un sistema de *numerus apertus*, dado que, además, en este último precepto se cita por ejemplo la apología.

Según se deduce tanto del Considerando 10 como del art. 5 de la Directiva europea, en realidad, junto a la novedosa modalidad de provocación de actos terroristas *online*, el legislador europeo requiere tipificar la provocación pública también *offline*. Como es sabido, esta última, es una modalidad ya clásica en Derecho penal, aunque no por ello menos controvertida por los constatados riesgos que su castigo conlleva para el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y libertad de prensa, entre otros. En todo caso parece obvio que la creciente preocupación, en el ámbito comunitario, del empleo de medios *online*, en especial Internet y las redes sociales como vías de propagación de la incitación al terrorismo, está en la base de esta norma a la que también subyace la evidencia de que la Red es, en tiempos recientes, una fuente de radicalización en terrorismo⁷⁹. Y ello dado el carácter global y trasfronterizo de Internet, que favorece una comunicación espontánea, dispersa y sobre todo anónima.⁸⁰ Pese a lo poco discutible de esta idea, es cuestionable, sin embargo, que la criminalización de conductas como la apología o de actos preparatorios tan genéricos como la provocación pública descrita en el citado art. 5 sean medios adecuados, desde la perspectiva constitucional de los ordenamientos nacionales, para atajar con aquella realidad criminológica. Porque lo que no parece admisible es relajar las garantías para el ejercicio de la libertad de expresión cuando se lleve a cabo en la Red, en comparación con la protección jurídica que se brinda a este derecho cuando se ejercita por los medios de comunicación clásicos. Es cierto que no se puede minimizar la gravedad de la presencia yihadista en Internet con fines propagandísticos, pues, de ordinario, el empleo de la Red es una constante en todas las fases de radicalización,⁸¹ de modo que se emplea para la captación, adoctrinamiento, adiestramiento e incluso incitación al odio. Pero no lo es menos que para erradicar dicha presencia *online*, no pueden emplearse medios contraterroristas que restrinjan profundamente la libertad de expresión o libertad de prensa. De hecho, probablemente el legislador europeo fue consciente de los riesgos que, castigar conductas de provocación pública y apología, conllevaban para el disfrute de derechos previstos en el TUE y otros tratados (ante todo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos). Y por eso estableció un mecanismo facultativo para establecer condiciones con las que proteger el ejercicio de dichos

⁷⁹ Vid. CANO PAÑOS/CASTRO TOLEDO, “El camino hacia la (Ciber)Yihad” Op. cit., pp. 11 -14.

⁸⁰ Vid. TERUEL LOZANO, G., “Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo” *InDret* 3/2018, Barcelona, julio 2018, pp. 21 y 22.

⁸¹ Vid. CANO PAÑOS, M.A./CASTRO TOLEDO, F.J., quienes, sin embargo, destacan que una radicalización exclusivamente online es infrecuente, “El camino hacia la (Ciber)Yihad...” Op. cit., p.6-8.

derechos.⁸² No obstante, dicho carácter facultativo contrasta llamativamente con el carácter obligatorio del requerimiento a tipificación de actos preparatorios como la provocación o la apología de delitos de terrorismo del art. 5 de la misma Directiva. De modo que, este precepto tendría una función de recordatorio para los estados miembros. La laxitud con que se incentiva semejante legislación permite apuntar que, en esta Directiva, predomina la perspectiva represiva o censora. Más aún si tenemos en cuenta que el art. 21 establece un paquete de “medidas contra los contenidos en línea que constituyan provocación pública”.⁸³

Con la promoción de estas medidas y un adelantamiento tan avanzado de la intervención penal, la Directiva optó solo por una de las posibles estrategias para contrarrestar los mensajes radicales en Internet. Sin embargo, esta opción resulta ser la más gravosa en términos de afección a derechos fundamentales tales como libertad de expresión o libertad de prensa. Parece pues que se han postergado -si no descartado-, otras alternativas de índole preventivo que, según los expertos pueden resultar tanto o más eficaces para atajar con la presencia yihadista en Internet con finalidades propagandísticas,⁸⁴ como, en especial, podría ser, el desarrollo de medidas preventivas para reducir la demanda, a través, entre otras técnicas de las denominadas “contra-narrativas”.⁸⁵ En el mismo sentido, el legislador español

⁸² A tal efecto, de manera programática, el art. 23.2 de la Directiva, indica que “Los Estados miembros podrán establecer condiciones exigidas por y en consonancia con los principios fundamentales relativos a la libertad de prensa y otros medios de comunicación, por las que se rijan los derechos y las obligaciones y las garantías procesales de la prensa u otros medios de comunicación, cuando tales condiciones se refieran a la determinación o a limitación de la responsabilidad.” En el apartado 1º art. 23 se indica que “(...) no tendrá por efecto la modificación de las obligaciones de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del TUE.”

⁸³ En primer lugar, la Directiva exhortaba a los estados miembros a adoptar “las medidas necesarias para garantizar la rápida eliminación de los contenidos en línea albergados en su territorio constitutivos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del artículo 5. Procurarán obtener asimismo la eliminación de tales contenidos cuando estén albergados fuera de su territorio”. Además, para el caso en que esta eliminación “en origen” del contenido *online* no sea posible, se facultaba a los estados miembros a adoptar “(...) medidas para bloquear el acceso a dicho contenido por parte de los usuarios de internet dentro de su territorio” (apartado 2º). Por último, la Directiva determinaba a los estados miembros a que “(...) Las medidas de eliminación y bloqueo deberán establecerse por procedimientos transparentes y ofrecer garantías adecuadas, sobre todo para garantizar que se limiten a lo necesario y proporcionado y que los usuarios estén informados de su justificación. Las garantías relativas a la eliminación o al bloqueo incluirán asimismo la posibilidad de recurso judicial.” El estudio de estas medidas requiere especial atención, pero para respetar los razonables límites de este trabajo, no pueden ser aquí analizadas.

⁸⁴ Cabe citar medidas y actuaciones de observación o, en su caso, infiltración en páginas vinculadas al yihadismo militante. Pero puesto que estas tareas son más propias de los servicios de seguridad y servicios de inteligencia, no serán aquí objeto de estudio. En todo caso, como indica CANO PAÑOS, incluso dichos servicios consideran importante tolerar un determinado número de páginas yihadistas para así poder observar tanto la propaganda en sí como la evolución ideológica de las organizaciones y grupos de corte yihadista, en “Odio e incitación a la violencia en el contexto del terrorismo islamista. Internet como elemento ambiental” en *InDret* nº 4/2016, septiembre 2016, p. 19.

⁸⁵ Según CANO PAÑOS dichas medidas tienden a disminuir la esfera de acción de la propaganda yihadista, utilizando para ello argumentos ideológicos opuestos a fin de desarmar y contrarrestar el discurso yihadista de la violencia a través de visiones del mundo de carácter positivo y alternativo para así contrarrestar la soberanía interpretativa del universo yihadista en “Odio e incitación a la violencia (...)” Op. cit., pp. 28 a 33. Pero puesto

descartó esas otras alternativas, inscribiéndose en aquella línea de afección a los derechos fundamentales, desde la reforma penal de LO 2/2015. Y sin prever límites al respecto, en la LO 1/2019, por lo que cada vez más nuestra legislación antiterrorista se caracteriza por su *vis expansiva*⁸⁶.

2.2.4. *Otros delitos y responsabilidad penal de personas jurídicas*

Además de los delitos comentados, en que se adelanta la intervención penal a actos preparatorios, en el Título III de la Directiva se incluyó un listado de delitos que fomentaban similar avance en el castigo, pero en relación con otras actividades terroristas. Al respecto, se exhortaba a los estados miembros a castigar, entre otros, la captación para el terrorismo (art. 6⁸⁷), el adiestramiento para el terrorismo (art. 7⁸⁸), la recepción de adiestramiento para el terrorismo (art. 8⁸⁹), y la financiación del terrorismo (art. 11⁹⁰). Pero es que, además, todos estos delitos podían castigarse en grado de tentativa (vid. artículos 13 y 14.3⁹¹ Directiva), lo que aún expandía más todo el ámbito de intervención penal, con el consiguiente riesgo de castigar conductas muy nimias en términos de ofensividad del bien jurídico. Se advierte así que esta legislación terrorista verifica el rasgo de *vis expansiva* de aquellas que se insertan dentro del fenómeno del Derecho penal del enemigo⁹². En esta línea, nuestra legislación penal posee el mismo rasgo, al prever muchas de las conductas comentadas desde la reforma de LO 2/2015 (vid. v.gr. art. 575 CP). Por otra parte, dicha *vis* también se constata al prever la directiva, con carácter obligatorio, la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 17) con respecto a todos los delitos de terrorismo previstos en la Directiva (de los arts. 3 a 12 y 14 Directiva). No obstante, se excluye de la definición de las personas jurídicas a los estados, orga-

que la labor dirigida a impedir la radicalización desde su inicio requiere un recorrido más largo en el tiempo, hasta tiempos recientes, son pocos los países que optan por estas medidas.

⁸⁶ Vid. LAMARCA PÉREZ, C., “La dimensión política del terrorismo” Op. cit., p. 1338.

⁸⁷ Se castigará si se comete “intencionadamente, el hecho de instar a otra persona a que cometa o contribuya a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el art. 3, ap. 1, letras a) a i), o en el art. 4”.

⁸⁸ Se conmina a castigar solo la modalidad dolosa de la conducta relativa a “(...) instruir 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 artículo 3, apartado 1, letras a) a i), con conocimiento de que las capacidades transmitidas se utilizan con tales fines.”

⁸⁹ Se propone castigar la conducta dolosa de “recibir instrucción en la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i)”

⁹⁰ Por tal delito, el apartado 1º del art. 11 entiende la comisión dolosa del “(...) hecho de aportar o recaudar fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con ánimo de que se utilicen o con conocimiento de que se vayan a utilizar, en su totalidad o en parte, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3 a 10.”

⁹¹ Se exhorta a los estados miembros a que se castigue “(...) la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3, 6 y 7, el artículo 9, apartado 1 y apartado 2, letra a), y los artículos 11 y 12, con excepción de la tenencia a tenor del artículo 3, apartado 1, letra f), y del delito a tenor del artículo 3, apartado 1, letra j).”

⁹² Vid. LAMARCA PÉREZ, C., “La dimensión política del terrorismo” Op. cit., p.1334.

nismos públicos y organizaciones internacionales.⁹³ Y aunque no se calificaba la naturaleza de dicha responsabilidad -de penal o administrativa- lo cierto es que iba referida a “delitos”. A la vez, el sistema de imputación que se promueve, es muy similar al previsto en otros países europeos -como, por ejemplo, el español- para exigir la responsabilidad penal, en tanto responde al llamado modelo de transferencia. En este punto, la directiva está en la línea de otras normativas comunitarias que han fomentado la introducción de dicho modelo de heteroresponsabilidad o transferencia de responsabilidad penal de personas jurídicas, en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros.⁹⁴ Conforme al mismo, se diferencian dos niveles de imputación para que una persona física “transfiera” la responsabilidad penal a la persona jurídica. En primer lugar, se alude a las personas físicas que, ostentando cargos de representación o directivos (art. 17.1) pueden “contaminar” de responsabilidad a las jurídicas, de modo que aquéllas pueden actuar “(...) de forma individual o como parte de un órgano de la persona jurídica y que tenga un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en: a) poder de representación de la persona jurídica; b) la autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica; c) la autoridad para ejercer el control de dicha persona jurídica.

En un segundo nivel de imputación (art. 17. 2º), cabe responsabilizar a una persona jurídica por determinados delitos (de los arts.3 a 12 y 14 Directiva) cuando éstos hubieran sido cometidos por “persona sometida a su autoridad” y siempre que se hubiese producido “(...) una falta de vigilancia o control por parte de alguna de las personas a que se refiere el apartado 1 del presente artículo haya posibilitado la comisión, en favor de la persona jurídica (...)”. A lo anterior hay que añadir, la compatibilidad de la responsabilidad penal de la personas física y de la personas jurídica a la que aquélla hubiere imputado el delito, sin que ello vulnere el principio *ne bis in idem* (art. 17.3 Directiva).⁹⁵ Este sistema se completa con un listado de sanciones a personas jurídicas, (art. 18) de obligatoria previsión para los estados miembros, para el caso en que se declare responsable (según el art. 17) a una persona jurídica. De modo que se exige -sin predeterminar la naturaleza -penal o administrativa- de dichas “sanciones”, que sean “(...) eficaces, proporcionadas y disuasorias, entre las que se incluirán las multas de carácter penal o no penal y entre las que se podrán incluir otras sanciones”⁹⁶. En suma, pese a que la Directiva

⁹³ El art. 2.2 de la Directiva europea define a la “persona jurídica” como “cualquier entidad que tenga personalidad jurídica con arreglo al Derecho aplicable, con excepción de los Estados u otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas”

⁹⁴ Vid. GÓMEZ MARTÍN, V., “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*” en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M., *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Barcelona, 2012, p. 337.

⁹⁵ Según el art. 17.3: “la responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo se entenderá sin perjuicio de la incoación de acciones penales contra las personas físicas que sean autoras, inductoras o cómplices de cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3 a 12 y 14”.

⁹⁶ Por ejemplo, “inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas”, “prohibición temporal o definitiva del ejercicio de actividades comerciales”, “intervención judicial”, etc.

no establece explícitamente una responsabilidad “penal” de personas jurídicas, parece razonable aceptar dicha naturaleza dado que además se proclama que los entes jurídicos deberán ser responsables de “delitos”. No parece que la imputación de esta categoría formal de ofensas, conlleve la exigencia de otra responsabilidad que no sea la “penal”. Si esto es así, puede ser complejo desarrollar, en este punto, las previsiones de esta Directiva, para aquellos países miembros europeos que aún no han admitido esta clase de responsabilidad penal en sus ordenamientos jurídicos.

2.2.5. *Medidas de tutela de las víctimas del terrorismo*

En sentido estricto dichas medidas no son contraterroristas, si bien pueden ubicarse en el contexto de previsiones relacionadas con delitos de terrorismo. De hecho, la Directiva 2017/541 empieza aludiendo a ellas en el propio Considerando 10 cuando indica que los delitos de provocación pública para cometer delitos de terrorismo, apología y difusión de mensajes o imágenes, comprenden “los relacionados con las víctimas de terrorismo”. No obstante, si revisamos la literalidad del art. 5 no se alude a las “víctimas” como elemento típico del delito de provocación pública allí definido. Donde sí se alude a las víctimas es en el Título V, que contienen tres previsiones (arts.24 a 25) para la protección de las víctimas del terrorismo. En general, la directiva brinda un amplio apoyo y protección a las víctimas partiendo de establecer que el enjuiciamiento por los delitos allí previstos, será de oficio⁹⁷. Además, se insta a los estados miembros a adoptar diversos servicios de apoyo a las víctimas de terrorismo,⁹⁸ conforme a la Directiva 2012/29/UE.⁹⁹

Una de las obligaciones más genéricas al respecto, era la contenida en el art.25 de la Directiva europea donde se exhortaba a los estados miembros a “garantizar” medidas para la protección de las víctimas del terrorismo y sus familiares, conforme a la Directiva 2012/29/UE. A la vista de esta regulación, puede cuestionarse si cuando el delito del art. 5 de la Directiva 2017/541, relativo a la provocación pública, se refiere a la difusión de “mensajes” o “imágenes” para conseguir apoyo en causas terroristas, incluye también aquellos supuestos en los que parece que solo se persiga la humillación de una víctima del terrorismo. Es decir, cabría preguntarse si la Directiva promovía tipificar una suerte de delito de humillación de las víctimas del terrorismo. Puesto que, como se ha indicado, la literalidad del art. 5 de

⁹⁷ Es decir, no habrá de depender “(...) de la denuncia o acusación por una víctima de terrorismo y otra persona afectada por él, al menos si los hechos se cometieron en su propio territorio” (art. 24.1).

⁹⁸ Entre otros, apoyo emocional y psicológico, información y asesoramiento sobre cualquier asunto jurídico, o financiero pertinente; asistencia sobre las solicitudes de indemnización a las víctimas según el Derecho nacional (art. 24.3). Además, se establece un amplio plazo para ponerlos a disposición de dichas víctimas, es decir “inmediatamente después del atentado terrorista y durante el tiempo que sea necesario” y que serán “(...) confidenciales, gratuitos y de fácil acceso para todas las víctimas del terrorismo” (art. 24.2 y 3 directiva).

⁹⁹ Se trataría de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

la Directiva europea de 2017, no recoge expresamente este caso, puede concluirse sosteniendo que dicho supuesto no podría subsumirse en un delito de provocación pública como el que la Directiva insta a introducir en las legislaciones nacionales. Es ésta una interesante diferencia con la legislación penal española en la que, como a continuación veremos, sí se tipifica un delito de similares características.

3. La legislación penal contraterrorista en España: breve análisis

3.1. *Introducción a los delitos de terrorismo*

Como es sabido, desde la instauración de la Constitución de 1978, la lacra del terrorismo fue una constante en las tres primeras décadas de nuestra democracia, a causa, esencialmente, de los continuos atentados de la banda terrorista ETA. Además, a principio del presente siglo se padeció la eclosión del llamado terrorismo yihadista a raíz del gravísimo atentado del 11 de marzo de 2004. Aquel primer fenómeno terrorista, propio de los años noventa y ochenta del siglo pasado, se afrontó en nuestro país, inicialmente, a través de una ley penal especial antiterrorista,¹⁰⁰ si bien, desde 1995 -e incluso ya antes-,¹⁰¹ el grueso de los delitos de terrorismo se ha ido ubicando en el Código penal.¹⁰² Ello pareció alejar, durante unos años, la idea de que esta normativa tenía el carácter de una legislación de emergencia. Sin embargo, con las reformas llevadas a cabo en materia de delitos de terrorismo a partir de la LO 7/2000, de 22 de diciembre,¹⁰³ se introdujeron nuevas

¹⁰⁰ Vid. la LO 9/1984, de 26 de diciembre, derogada en 1988. Respecto a la misma, *vide* LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985, p. 196 y ss.

¹⁰¹ Durante el régimen dictatorial de Franco, la legislación contraterrorista se aglutina, básicamente, en algunos artículos del Código penal de 1973 (Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publicó el CP, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, en adelante ACP): los artículos 57 bis apartados a) y b) ACP donde, respectivamente, se contenían agravantes genéricas y específicas, y 174 bis a) y b) ACP, que preveía diversos delitos de colaboración con banda armada.

¹⁰² Con la entrada en vigor del llamado “Código penal de la democracia” la legislación anti-terrorista hasta entonces en vigor, experimentó una ampliación, de modo que los preceptos llamados a regular los delitos de terrorismo, se previeron en la Sección II, Capítulo IV, del Título XXII, denominada “De los delitos de terrorismo”, donde, inicialmente, se preveían los arts. 571 a 580 CP. Entre las figuras allí previstas, destacaban las de pertenencia o colaboración con banda armada con realización de diversos delitos (art. 571, 572 CP), incluido el depósito de armas o municiones (art. 573 CP). También se previó una cláusula residual genérica dirigida a quienes pertenecían o colaboraban con banda armada y realizaban “(...) cualquiera otra infracción (...)” (art. 574 CP). Además, se preveía una circunstancia agravante específica para casos de “(...) allegar fondos a las bandas armadas (...)” o con el fin de favorecer sus propósitos, cometieran delitos contra el patrimonio (art. 575 CP). Asimismo, se previó un delito de colaboración por cualquier otro medio con las actividades o finalidades de la banda armada (art. 576 CP) y para casos de un terrorista aislado o individual, es decir, no perteneciente a una banda armada, también se contenía un tipo agravado con respecto al concreto delito común cometido (art. 577 CP). Se castigaron los actos preparatorios de estos delitos (art. 578 CP) y se previó una medida premial, con la que atenuar la responsabilidad penal en casos de abandono voluntario y confesión de las actividades terroristas, con colaboración eficaz con la justicia (art. 579 CP). Por último, se equipararon las condenas de los jueces extranjeros -en casos de grupos terroristas-, a sentencias de jueces españoles, a efectos de aplicar la agravante de reincidencia (art. 580 CP).

¹⁰³ Se previó el delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) y se modificó el art. 577 CP.

medidas dirigidas al terrorismo procedente de ETA, pese a que la banda ya había comenzado su declive como organización. Así, se tipificó de forma autónoma la apología de terrorismo (art. 578 CP)¹⁰⁴, previendo además la LO 5/2010, de 22 de junio, la libertad vigilada para estos delitos,¹⁰⁵ castigándose específicas conductas de captación y adoctrinamiento o formación (art. 576.3 CP).¹⁰⁶

Aún cuando nuestro ordenamiento penal se rearmó con este severo conjunto de medidas contraterroristas, volvieron a llevarse a cabo reformas por LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigor desde el 1 de junio de 2015) y en especial por LO 2/2015, de 30 de marzo¹⁰⁷ y LO 1/2019, de 20 de febrero que han vuelto a acumular más medidas excepcionales en el Código penal español. De ahí que sea preciso analizar el panorama legislativo vigente en delitos de terrorismo, tras el impacto de estas reformas.

3.2. *¿Como impactó la Directiva 2017/541 en la legislación terrorista introducido por la reforma penal de 2015?*

Antes de la trasposición de alguna de las previsiones de la Directiva 2017/541/UE a través de LO 1/2019 de 20 de febrero, la legislación penal vigente en nuestro país, en materia terrorista, ya se modificó por las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo. En esencia, comportaron una ampliación de modalidades delictivas, junto a un aumento de los fines con los que se podía caracterizar a una organización como terrorista. Puede decirse, por tanto, que la reforma penal de 2015 plasmó una tendencia político-criminal a una reacción punitiva excepcional en materia de terrorismo, siendo preciso analizarla brevemente, a fin de deducir si las medidas introducidas, además, con posterioridad, a través de la LO 1/2019 -en trasposición de la citada directiva-, eran realmente necesarias.

No puede obviarse que, bajo la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, una de las principales novedades fue la introducción de la prisión permanente revisable en el art. 33.2 CP, con especial incidencia para determinados delitos de terrorismo¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Vid. CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 2008, Madrid, p.160 y ss.

¹⁰⁵ Esta reforma amplió, en especial, los delitos de financiación del terrorismo, introduciendo, entre otros, los delitos del art. 576 bis) CP 1 y 2, y previendo en aquel precepto la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos allí previstos. Además, agravó las penas, previendo específicamente la medida de libertad vigilada para los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos de terrorismo.

¹⁰⁶ Vid. CANCIO MELIÁ, M., "The reform of Spain's antiterrorist criminal law and the 2008 Framework Decision" en *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?* (ed. F. Galli/A. Weyembergh), 2012, Brussels, pp. 111 y 112.

¹⁰⁷ Vid. *Una propuesta de renovación de la política criminal sobre terrorismo*. Grupo de Estudios de Política Criminal, nº 14-2013, p.10 y ss.

¹⁰⁸ Según el art. 92.1 y 2 las condenas por delitos de terrorismo serán revisadas, tras el cumplimiento de 25 a 35 años, junto con otros requisitos de compleja demostración. Además, conforme al actual art. 92 CP apartado 2º, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable exigirá, los requisitos generales y, adicionalmente, "(...) que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades (...)". Crítico NUÑEZ PAZ, M.A., "Reflexiones sobre la lucha contra el terrorismo" en *Liber Amicorum*, Op. cit., pp. 1389-1390.

Como se ha podido criticar, resulta cuanto menos contradictorio que esta pena se introdujera en el año 2015, cuando la lacra terrorista sufrida en nuestro país durante más tiempo -la de la banda terrorista ETA-, ya estaba derrotada y no parecía necesario acudir a una pena de tan dudosa constitucionalidad¹⁰⁹. Puede, por tanto, decirse que su previsión pudo ser una medida simbólica para expresar firmeza ante el terrorismo o bien, un cauce con el que tratar de atajar con la otra clase de amenaza terrorista de índole internacional y de raíz yihadista que, en tiempos recientes, ha irrumpido en nuestro país. Con todo, sigue siendo cuestionable que semejante pena pueda desplegar efectos preventivo-generales frente a quienes están dispuestos a perpetrar atentados suicidándose.

Sea como fuere, si alguna norma estuvo directamente relacionada con el propósito de combatir el terrorismo de origen en el yihadismo, esa fue la LO 2/2015, de 30 de marzo, que puede considerarse el principal exponente en nuestro país de ley contraterrorista aprobada para contrarrestar aquel fenómeno en su dimensión globalizada. Con esta ley, que reformó la mayor parte del Capítulo VII del título XXII del Código Penal,¹¹⁰ se acogieron unas medidas antiterroristas que comportaron una profunda transformación de los delitos allí previstos,¹¹¹ pues, inicialmente, iban dirigidas a un fenómeno muy diverso al terrorismo clásico en nuestro país.¹¹² Según la propia Exposición de Motivos de esta ley de reforma, estas modificaciones respondían a compromisos adoptados por nuestro país con organismos internacionales. Sin ánimo de analizar con exhaustividad todas las modificaciones, cabe destacar la nueva definición del delito de terrorismo (art. 573 CP),¹¹³ que amplió el campo de aplicación del mismo al desvincularse del elemento estructural u organizativo, que tradicionalmente era propio de este grave delito¹¹⁴. Además, se añadieron nuevos fines que justifican su castigo como, entre otros, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional, provocar un estado de

¹⁰⁹ Vid. CARBONELL MATEU, J.C., “Prisión permanente revisable I” en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./coords. GÓRRIZ ROYO, E./MATALLÍN EVANGELIO, A.) 2ª ed., Valencia, 2015, pp. 213 y 214.

¹¹⁰ Como es sabido, el actual Capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se divide en dos secciones y comprende los artículos 571 a 580. La sección 1.ª (“De las organizaciones y grupos terroristas”), se mantiene en la misma línea de la regulación vigente hasta 2015, estableciendo la definición de organización o grupo terrorista y la pena que corresponde a quienes promueven, constituyen, organizan o dirigen estos grupos o a quienes se integran en ellos. La sección 2.ª (“De los delitos de terrorismo”) es la que ha conocido mayores reformas en sus arts. 573 (nueva definición de delito de terrorismo) hasta el ya existente art. 580 CP.

¹¹¹ Vid. CUERDA ARNAU, M.L., en “Terrorismo”, VIVES ANTON et altri (coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.) *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2016, p. 765.

¹¹² Vid. CANO PAÑOS, M.A., “La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015: cinco cuestiones fundamentales”, en *Revista General de Derecho Penal, Iustel*, 2015, n° 23, p. 1 y ss.

¹¹³ Ha de destacarse que, conforme al art. 573.1 CP, los delitos terroristas han de tener la consideración de delito grave, y por tanto castigado con pena superior a 5 años de prisión o prisión permanente revisable o alguna de las penas previstas en el art. 33.2 CP. Vid. GARCÍA RIVAS, N., “Legislación penal española y delito de terrorismo” en *Terrorismo y contraterrorismo...* Op. cit., p. 92.

¹¹⁴ Vid. CUERDA ARNAU, M.L., en “Terrorismo”, Op. cit. p. 766.

terror en la población o en una parte de ella (art. 573 CP apartados 3º y 4º).¹¹⁵ A la vista de los mismos fines, resulta preocupante, entre otros aspectos, que se difuminara el llamado elemento teleológico, es decir, el fin de subvertir el orden político constituido o alterar gravemente la paz social¹¹⁶, toda vez que se ampliaron los márgenes aplicativos que estos delitos. Esto último incluso se estableció en relación con algunos delitos informáticos (arts. 197 bis y 197 ter, 264 a 264 quater) CP), de modo que, si en ellos concurre una de las finalidades referidas, se considerarán delitos de terrorismo (art. 573.2 CP). Al propio tiempo, no puede pasarse por alto una agravación de las penas, estableciéndose la que corresponde a cada delito de terrorismo en el art. 573 bis).1 CP.¹¹⁷

Pero, sobre todo, cobraron inusitada relevancia los delitos de adoctrinamiento y adiestramiento, con los que, de nuevo, se adelanta la línea de intervención penal, al castigar ahora a quien, a fin de capacitarse para cometer delitos terroristas, recibe adiestramiento militar o de combate o en el manejo de toda clase de armas (químicas o biológicas) y en la elaboración de sustancias o aparatos explosivos (o adiestramiento pasivo; art. 575.1 CP). Como es evidente, estas conductas guardan gran similitud con las previstas en el art. 8 de la Directiva 2017/541.¹¹⁸ Puede decirse, por tanto, que nuestra legislación penal, no requería una nueva reforma en relación con el delito de adoctrinamiento. Y, de hecho, la LO 1/2019, no introdujo ningún cambio a este respecto, por lo que parece que el legislador penal español se “adelantó” a aquella Directiva o –según se mire-, ésta convalidó lo ya introducido por aquél en este punto. Además, hay que considerar que en el Código penal español se ha producido un aumento de los ilícitos referidos a actos de colaboración que no solo se castigarán si se prestan respecto a la organización o grupo terrorista, sino también a personas que cometan actos con finalidad terrorista (art. 577 CP). Se tipifican, en realidad, conductas de instigación indirecta, al castigar a quienes lleven a cabo conductas de captación o adiestramiento que inciten a incorporarse a una organización terrorista, toda vez que destaca la agravación prevista para casos en que aquellos actos se dirijan a menores de edad, personas discapacitadas o mujeres víctimas de trata a fin de convertirlas en cónyuges o esclavas sexuales de los autores del delito (art. 577.2 CP). Así pues, se prevé un delito de adoctrinamiento de terceros (art. 577.2 CP) a través de cualquier actividad de captación o adiestramiento que esté dirigida a que “por su contenido, sea idónea” para incitar a

¹¹⁵ Esta definición de terrorismo se basa en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008.

¹¹⁶ Vid. CUERDA ARNAU, M.L., en “Terrorismo”, Op. cit. p. 767.

¹¹⁷ Las citadas finalidades también sirven para introducir nuevas penas agravadas si se verifican en relación con el depósito de armas o tenencia de explosivos o su fabricación (art. 574 CP).

¹¹⁸ Como vimos, allí se establece el castigo de conductas de quien, intencionadamente, recibe instrucción en la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o en otros métodos concretos, a fin de cometer o contribuir a la comisión de delitos terroristas.

incorporarse a una organización o grupo terrorista. Se hace necesario recordar que la STS núm. 512/2017, de 5 de julio, distingue entre los conceptos de “captación”, “adoctrinamiento” y “adiestramiento”¹¹⁹, toda vez que ya apela a la Directiva 2017/541 –incluso estando ésta en periodo de trasposición- para indicar el paralelismo que guardan los delitos de nuestro Código penal, con los del art. 5 de la Directiva (provocación pública) puestos en relación con el Considerando 10º de la misma (FD 3º), de modo que entiende que se prevén delitos similares “(...) en ambas normas, con expresa atención a que la redacción de los comportamientos típicos que contemplaban no presentaran contradicción con los derechos a la libertad de expresión y de información.”

Además, según el TS: “Siendo así las conductas que se detallan en los hechos probados describen una actividad de permanente presencia en los foros de opinión desde su creación, que denota una labor coordinada con los restantes acusados en los foros para persuadir a los participantes en estos a que la vía adecuada y efectiva para hacer valer sus ideas es la actuación violenta llevada a cabo por el DAESH, lo que constituye un adoctrinamiento por medios telemáticos que exceda del delito de enaltecimiento de terrorismo y que puede subsumirse en el delito del artículo 577.2 por el que ha sido condenado, que comprende cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento que por su contenido resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, con independencia de su concreta efectividad. En efecto la comunicación a través de foros constituye el pilar de la primera labor de propaganda, que es la captación.” Y sobre este razonamiento –concluido en el FD 3º- se desestima la pretensión del recurrente de excluir la aplicación del delito del art. 577.2 CP.

Ha de tenerse en cuenta además que cualquiera de estos delitos de “terrorismo” puede castigarse de cometerse por imprudencia grave (art. 577.3 CP), lo que amplía aún más el ámbito de la punibilidad. Por todo ello, aunque, en apariencia, la LO 1/2019 merece una valoración positiva por no haber ampliado los márgenes aplicativos del delito de captación, adiestramiento y adoctrinamiento, en realidad, dado que dichos márgenes ya estaban muy expandidos, más bien se ha perdido una oportunidad para restringir, por vía legislativa, la amplitud de alguno de sus elementos típicos. En este sentido, debía haberse advertido que, en sede judicial, la

¹¹⁹ Para ello se sostiene: “(...) el nuevo artículo 577 sanciona en su apartado segundo, dentro del precepto dedicado a los actos de colaboración -no de pertenencia o integración- y con las mismas penas contempladas en el apartado primero-prisión de cinco a 10 años y multa de 18 a 24 meses-, las actividades de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, tal como se precisa en el Preámbulo de la Ley 2/2015, que en relación al artículo 577 dice que dicho precepto recoge la tipificación y sanción de las formas de colaboración con organizaciones, grupos o elementos terroristas o que están dirigidas a cometer delitos de terrorismo, y añade que se contemplan en el mismo específicamente las acciones de captación y reclutamiento al servicio de organizaciones, grupos o elementos terroristas o que estén dirigidas a cometer delitos de terrorismo, agravando la pena cuando se dirigen a menores, personas necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata. En el caso presente no puede aceptarse que la actuación del recurrente se limitase a esa pertenencia a dos foros de opinión y que no pueda ser subsumida en el artículo 577.2 CP”. (FD 3º).

citada Directiva está jugando un papel de criterio interpretativo restrictivo con respecto a aquellos delitos. Más aún si tenemos en cuenta que el legislador penal español incluso fue más allá de lo que requiere aquella directiva europea y otros compromisos internacionales,¹²⁰ cuando castigó, en el art. 575.2 CP, a quien, con igual fin terrorista, lleva a cabo por sí mismo aquel adiestramiento (auto-doctrinamiento o “auto-captación”), con especial mención de la conducta de quien accede a contenidos alojados en Internet o servicios de comunicación accesibles al público. Este tipo penal manifiesta, en efecto, una exigua capacidad lesiva y suscita múltiples dudas de constitucionalidad¹²¹, puesto que, como parece claro, estas conductas de auto-adiestramiento constituyen, en realidad, delitos de sospecha.¹²² Además, desde la perspectiva material, son conductas preparatorias de la realización de un delito¹²³, por todo lo cual la intervención penal entra en pugna con la presunción de inocencia, toda vez que colisiona con diversos derechos fundamentales, entre otros, la libertad ideológica y de expresión. (vid. STS núm. 354/2017 de 17 de mayo, FD 2º).¹²⁴

Si además comparamos las figuras delictivas del art. 575.2 CP con las previsiones penales de delitos contenidos en la Directiva 2017/541, comprobamos que, en ella, no existe una tipificación expresa del auto-adoctrinamiento. Ahora bien, el Considerando 11º de la citada Directiva alude al delito de adoctrinamiento de modo que la recepción de adiestramiento para el terrorismo incluye la obtención de conocimientos, documentación o capacidades prácticas. Y, asimismo, hace mención del llamado “aprendizaje autónomo.”¹²⁵ Podría pensarse que, de conectar esta explicación con lo que la propia Directiva establece en el art. 14 donde se amplía el ámbito de la punibilidad al castigar actos de complicidad de delitos,¹²⁶ cabría, por

¹²⁰ Vid. Resolución ONU 2178, aprobada por el Consejo de Seguridad en su sesión 7272ª, celebrada el 24 de septiembre de 2014.

¹²¹ Vid. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., en “Concepto de radicalización. Consecuencias de su uso en el ámbito jurídico penal” en *Menores y redes sociales*, Valencia, 2016, p. 530

¹²² Vid. GARCÍA RIVAS, N., “Legislación penal española y delito de terrorismo...” Op. cit., p. 98.

¹²³ Vid. CUERDA ARNAU, M.L., “La radicalización terrorista de menores...” Op. cit., p. 487.

¹²⁴ Entre otras objeciones, en esta sentencia (ponente: A. Palomo del Arco) se indica que “el alejamiento respecto de una acción concreta, en estos comportamientos de autoadoctrinamiento ideológico, donde se incrimina un acto protopreparatorio y eventualmente un acto preparatorio de un acto preparatorio, determina su configuración como un delito de peligro” (punto 4).

¹²⁵ En especial “(...) 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. 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. Por lo tanto, descargarse un manual para fabricar explosivos con el fin de cometer un delito de terrorismo podría considerarse recepción de adiestramiento para el terrorismo. Por el contrario, el mero hecho de visitar sitios web o de recopilar materiales con fines legítimos, como fines académicos o de investigación, no se considera recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de la presente Directiva.”

¹²⁶ El art. 14 prevé el castigo de la complicidad, inducción y de la tentativa. Si bien respecto a la tentativa establece que deberá castigarse en relación con “(...) cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3, 6 y 7, el artículo 9(…)” No incluye, por tanto, el delito de adoctrinamiento del art. 8 de la Directiva.

esa vía, advertir que la norma europea se hacía eco del delito de auto-doctrinamiento. No obstante, no parece posible realizar una interpretación tan extensiva del texto de la directiva, sin vulnerar, entre otros, el principio de legalidad penal. Si descartamos que la Directiva 2017/541 inste a los estados miembros a castigar el auto-doctrinamiento, en este aspecto se advierte una importante discrepancia entre la legislación penal española y la prevista en la norma europea. De modo que si el legislador europeo no quiso anticipar la línea de intervención penal hasta el punto que sí lo ha hecho el legislador penal español previendo un delito específico de auto-doctrinamiento, no puede deducirse de la Directiva europea un mandato para que los estados miembros castiguen dicho delito.¹²⁷ Como segunda consecuencia, cabe extraer que puesto que en nuestro país, el auto-doctrinamiento constituye un delito cuya interpretación puede dar lugar a vulneraciones de principios penales tales como la presunción de inocencia -art. 6.2 Convenio Europeo Derechos Humanos- habrá que optar por un entendimiento restrictivo del art. 575.2 CP.¹²⁸ Así, para ser aplicado sin vulnerar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, cuanto menos, habrá que determinar con más precisión la habitualidad que allí se exige y habrá que demostrar más allá de toda duda razonable que con ello se incita a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines (art. 575.2 CP).

Por otra parte, en la reforma penal de 2015 - según la Exposición de Motivos de la ley de reforma-, el legislador español también trató de dar respuesta, con un nuevo delito, al fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros. Para ello castigó a quien, con aquellos fines de capacitarse para cometer delitos terroristas o para colaborar con una organización terrorista, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista (art. 575.3 CP). El parangón entre este último delito y la regulación de las comentadas previsiones de los arts.9 y 10 de la Directiva europea 2017/541, relativos a “viajes con fines terroristas” y a “organizar y facilitar dichos viajes” parecía evidente. No obstante, también cabía apreciar algunas diferencias entre estas figuras delictivas y las del Código penal español, porque el delito del art. 575.3 CP imponía una pena de dos a cinco años, a quien, con fines terroristas se trasladara o estableciera en territorio extranjero “controlado” por una organización terrorista, lo que, entre otras dudas

¹²⁷ Cfr. BAYARRI GARCÍA, C.E., “Los nuevos delitos de terrorismo...” en *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Op. cit., pp. 298.

¹²⁸ En este sentido BAYARRI GARCÍA, C.E., quien no obstante advierte de la gravedad de las conductas de auto-doctrinamiento formaría parte de las fases del proceso de adoctrinamiento diseñado e impulsado en las redes por el Estado Islámico. De modo que sostiene que no cabe una interpretación tan restrictiva que comporte una cuasi-inaplicabilidad de facto del precepto legal, refiriéndose al respecto a la STS (Sala 2ª) nº 661/2017, de 10 de octubre, en “Los nuevos delitos de terrorismo...” en *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Op. cit., pp. 291, 297.

planteaba cuándo podía admitirse que el territorio estaba bajo aquel “control”.¹²⁹ Además, los preceptos del Código penal español no contemplan el supuesto -al que alude sí aludía la Directiva-, relativo a quien procedente del extranjero, viaje a un Estado miembro –en este caso, a España- con el fin de cometer un delito terrorista (art. 9.2 a) Directiva); ni tampoco se castigan los actos preparatorios realizados por esa persona que “entra” en nuestro estado con ánimo de cometer o contribuir a la comisión de dicho delito. A mi modo de ver, la ausencia de tipificación en la legislación penal española, de actos preparatorios de dichos viajes a nuestro país, ha de valorarse positivamente porque además de que constituiría una desmesurada ampliación de la responsabilidad penal, podría provocar problemas de jurisdicción con otros estados donde se hubiera “preparado” dicho viaje¹³⁰. Por otra parte, la redacción del art. 575.3 CP antes de la reforma penal de 2019, parecía enfocar el problema de los combatientes hacia los flujos migratorios, pues era en el contexto de un viaje donde cabía probar que las personas que se desplazaban podían tener “fines terroristas”. Así el art. 575.3 CP español, aludía a quien se “traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista”. En apariencia, en este tipo subyacía la referencia a los territorios controlados por el ISIS, en Siria y otros países en situación de guerra, conforme al patrón antes descrito de los llamados FTFs¹³¹. Así pues, de forma un tanto insólita, el Código penal, parecía hacerse eco de un contexto beligerante para configurar un tipo penal, lo cual remitía a la posibilidad de entender aquellos extranjeros como “enemigos”. Si esto era así, a la postre, dichos sujetos podían devenir en exponentes de un Derecho penal de autor toda vez que en los “disidentes”, en consonancia con la lógica del Derecho penal de enemigo¹³². Semejante crítica se suscitó también en países como Italia,¹³³ donde se cuenta con delitos referidos a combatientes terroristas extranjeros.¹³⁴ Pues bien, como luego veremos, la reforma de LO 1/2019, ha

¹²⁹ Vid. GARCÍA RIVAS criticando el carácter ambiguo de dicho “control” en *Compendio de la Parte Especial del Derecho penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Cizur Menor, 2016, p. 582.

¹³⁰ En efecto, esta última referencia no deja de suscitar dudas desde el derecho fundamental a la presunción de inocencia, por cuanto parecen delitos de sospecha, que sería deseable que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizara a la luz del art. 6.2 CEDH.

¹³¹ Vid. *supra* apartado 2.2.1

¹³² Vid. LAMARCA PÉREZ, C., “La dimensión política...” Op. cit., p. 1334. DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M., “Terrorismo entre el derecho penal...” Op. cit., pp. 1351-1352.

¹³³ Así en la legislación penal italiana se ha adelantado la intervención penal a actos preparatorios que, en algunos casos, van teóricamente dirigidos a perseguir el fenómeno de los “foreign fighters” si bien, plantean -como en el caso de nuestro ordenamiento penal- numerosos problemas de constitucionalidad por posible vulneración de las garantías penales como la presunción de inocencia y de otros derechos fundamentales. Vid. NAZZARO, U., *Il Diritto penale del nemico tra delitto di associazione politica e misure di contrasto al terrorismo internazionale...* Op. cit., pp. 201 y ss. No es de extrañar que la doctrina penal italiana también critique esta nueva legislación penal por ser exponente, en aquel país, del Derecho penal del enemigo.

¹³⁴ Vid. DONINI, M., “Diritto penales di lotta v. diritto penale del nemico” en *Delitto politico e diritto penale del nemico...* Op. cit., pp. 131 y ss.; FIANDACA, G., “Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere” en *Delitto politico e diritto penale del nemico...* Op. cit., pp. 179 y ss.

suprimido aquella referencia a que el sujeto se traslade a un territorio extranjero controlado por un grupo terrorista. Pero, al hacerlo, el legislador penal ha creado un problema difícil de solventar, pues no especifica -como por ejemplo hace la directiva- la dirección del viaje o algún aspecto más del mismo, con lo que ha configurado un tipo penal muy amplio que, salvo que se remedie a través de una interpretación restrictiva, puede llegar a favorecer un concepto unitario de autor y permitir el castigo de casos de participación -y por tanto, actos preparatorios- o de meros intervinientes que realicen conductas nimias.

Otra modificación importante de la reforma penal de 2015 fue la del art. 575 CP, apartado 5º, relativa a la previsión de sanciones de multas para conminar a las personas jurídicas cuando a aquélla le transfiriera la responsabilidad de una persona física, solo si cometía delitos de financiación del terrorismo. De esto modo se proyectaba el novedoso sistema del art. 31 bis) CP, basado en la transferencia de la responsabilidad penal de la persona física a la jurídica pero solo respecto de los delitos de financiación de terrorismo (art. 576.1, 2, 3 o 4 CP¹³⁵) sin que cupiera dicha transferencia, respecto del resto de delitos de terrorismo¹³⁶. Este régimen penal estaba en la línea del previsto en la Directiva 2017/541, en sus apartados 17 (responsabilidad de personas jurídicas) y 18 (sanciones a personas jurídicas), si bien dicha regulación europea extendía la responsabilidad penal a todos los delitos de terrorismo previstos en la Directiva y no solo a los de financiación terrorista. Posiblemente a raíz de esta discrepancia, el legislador penal español amplió a través de la LO 1/2019, la responsabilidad penal de personas jurídicas en tanto ahora es posible imputarles cualquier delito terrorista cometido por una persona física -cumplidos los requisitos del art. 31 bis) CP-, y no solo aquellos de financiación de terrorismo.

Una última novedad de la reforma de LO 2/2015 va referida al ya de por sí polémico delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas de los delitos de terrorismo (arts. 578 CP) cuya previsión típica antes de la reforma penal de 2015 ya acarrea múltiples objeciones en tanto podía servir, en realidad, de subterfugio para criminalizar delitos de opinión o de discrepancia política e ideológica,¹³⁷ con el consabido riesgo de vulneración de derechos fundamentales. No en vano, este

KOSTORIS, R., "Processo penales, delitto politico e "diritto penale del nemico" en *Delitto politico e diritto penale del nemico...* Op. cit., pp. 299 a 301.

¹³⁵ Vid. crítica a esta regulación FARALDO CABANA, P., "De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo", en *Liber Amicorum...* Op. cit., p. 1462.

¹³⁶ Así si el delito de financiación de terrorismo era castigado con pena de prisión de más de cinco años, la persona jurídica a la que se imputara dicho delito, sería sancionada con multa de dos a cinco años. Y cuando el delito de financiación de terrorismo cometido por la persona física se conminará con prisión de más de dos años -y, se entiende, menos de 5 años-, la multa que correspondía a imponer a la persona jurídica sería de uno a tres años.

¹³⁷ Vid. MIRA BENAVENT, J., "Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas de terrorismo" en *Terrorismo y contraterro-rismo...* Op. cit., p.106 y ss.

grupo de delitos ha sido denominado, de “propaganda, apología débiles y delitos de expresión” pues, en general, plantean tantas fricciones con derechos fundamentales que puede decirse que son un exponente claro del nuevo derecho penal de autor en este ámbito.¹³⁸ A pesar de ello, la reforma penal de LO 2/2015, endureció las penas de este delito, si el enaltecimiento o la humillación se llevan a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles a través de medios de comunicación, Internet o el uso de TIC’s (art. 578.2 CP)¹³⁹. También podrá agravarse la pena de esta suerte de delito de opinión, si se prueba el poroso elemento típico referido a que aquellos hechos resulten “idóneos” para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella (art. 578.3 CP). Con esta cláusula indeterminada se desplaza al juez la decisión de concretar elementos típicos pendientes de valoración y de contornos moralizantes (como la referencia a la “inseguridad social”), cuya prueba se revela compleja, por todo lo cual su previsión resulta muy criticable.¹⁴⁰ Además, el juez podrá imponer en estos casos, nuevas medidas cautelares (art. 578.4 CP).¹⁴¹ La controversia en torno a este delito¹⁴² es tan obvia,¹⁴³ que incluso han habido iniciativas políticas para rebajar sus penas, que no han cristalizado finalmente en su reforma.¹⁴⁴ Por lo que aquí interesa, conviene percatarse de que la legislación penal de nuestro país relativa al enaltecimiento resulta, incluso más gravosa que la prevista en la Directiva 2017/541, pues si bien la regulación del art. 578.1 CP comparte algunas similitudes con los delitos del art. 5 (provocación pública a cometer delitos de terrorismo), la Directiva restringe la aplicación de aquellos delitos, dado que -según el

¹³⁸ Vid. CUERDA ARNAU, M.L., “La radicalización terrorista de menores...” Op. cit., p. 489 a 492. ALONSO RIMO, A., “¿Impunidad general de los actos preparatorios?...” Op. cit., p. 66.

¹³⁹ Vid. las razonables objeciones de CARBONELL MATEU, J.C., “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a la víctima “más allá de la provocación y la injuria”, en *Liber Amicorum*.... Op. cit., p. 1427.

¹⁴⁰ Vid. GARCÍA RIVAS, N., quien demanda la derogación inmediata de aquella cláusula, en “Legislación penal y delito de terrorismo...” Op. cit., p. 100. Vid. MIRA BENAVENT, J., quien aboga por la derogación del art. 578 CP en “Algunas consideraciones político-criminales...” Op. cit., p. 112.

¹⁴¹ Como la destrucción, borrado o inutilización de libros o cualquier otro soporte usado para cometer el delito y si se hubiese hecho uso de Internet o comunicaciones electrónicas, podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos y dirigir otras órdenes a los prestadores de servicios. Además, el art. 579 CP amplía *las conductas sancionables* a casos de difusión pública de mensajes o consignas con el fin de incitar de forma idónea –pero sin que pueda ser de modo directo- a la comisión de alguno de los delitos previstos. Respecto a este delito y las dudas de constitucionalidad que plantea desde la perspectiva del art. 16.1 CE, *vide* las acertadas objeciones de FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., en “Concepto de radicalización. Consecuencias de su uso en el ámbito jurídico penal” en *Menores y redes sociales*... Op. cit., pp. 530 a 532.

¹⁴² Muy crítico MIRA BENAVENT, J., solicita que se derogue el contenido íntegro del art. 578 CP pues “(...) no comportará ninguna laguna de punibilidad ni tampoco restará eficacia en la prevención de los delitos de terrorismo (...)” en “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 *Terrorismo, sistema penal*... Op. cit. p. 317

¹⁴³ Vid. MIRÓ LLINARES, F., “Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos “Cesar Strawberry” y “Cassandra Vera”, en *Liber Amicorum*... Op. cit., p. 1443.

¹⁴⁴ Vid. “El Gobierno rechazó reformar los delitos de odio y enaltecimiento del terrorismo” por O. López Fonseca, en *El País digital*-18 octubre 2018.

Csdo.1º, ya analizado-, “esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas”¹⁴⁵.

Sobre la base de esta interpretación, ya en el periodo de trasposición por España de esta Directiva europea -es decir, antes de la entrada en vigor de la LO 1/2019-, el TS apeló a ella para adoptar un entendimiento más restrictivo de los delitos del art. 578.1 CP, de enaltecimiento y humillación de las víctimas¹⁴⁶. Así se ha impuesto una interpretación en sede judicial, acorde al elemento “tendencial”, delimitador de la constitucionalidad de este tipo penal, según el cual la conducta de hacer públicos -bien sea por vía *online* u *offline*- contenidos que inciten a la comisión de delitos terroristas, aunque debe ser abarcada por el “(...) dolo del autor, debe constatarse objetivamente: una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.” Solo así, el delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, 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” En apoyo de este entendimiento, la STS 378/2017 de 25 de mayo¹⁴⁷, FD 2º, punto 3º, consideró “(...) ya ineludible (...)” la cita a la Directiva 2017/541 para interpretar los delitos de enaltecimiento y justificación del art. 578 CP. A partir de esta sentencia y a la luz de aquella Directiva europea, el TS subraya el requisito de incitación *indirecta* a la violencia terrorista, entre otras, en la STS 560/2017, de 13 de julio (FD 3º¹⁴⁸) y en la STS de 31 de enero de 2018, (FD 6º)¹⁴⁹. También se hace eco de la Directiva europea, pero en relación con la modalidad de conducta relativa a la humillación de las víctimas del

¹⁴⁵ Además: “en cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas, 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.”

¹⁴⁶ No obstante, en la doctrina, prevalecen lógicos recelos a la aplicación de este precepto en sede judicial. Vid. MIRÓ LLINARES, F., “Ofender como acto de terrorismo...” Op. cit., p 1437 y 1443.

¹⁴⁷ M. Ponente: L. Varela Castro.

¹⁴⁸ M. Ponente: Berdugo Gómez de la Torre. En ella se reitera la importancia de la Directiva 2017/541 para concluir que es preciso comprobar “(...) la tendencia en la voluntad del autor, a querer incitar efectiva y realmente la comisión de delitos de terrorismo “una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto “siente”, es decir sus deseos o emociones, exteriorizándolos a “rienda suelta” y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo”

¹⁴⁹ M. Ponente: A. Palomo de Arco. Además de asumir la interpretación restrictiva antes indicada, en esta resolución se atiende al “(...) elemento del riesgo(...)”, entendiendo que “(...) es un elemento normativo, cuya definición y alcance puede ser corregido en el ejercicio de subsunción jurídica; pero una vez expresado su contenido normativo, en la sentencia coincidente con el expresado por esta Sala en las resoluciones antes citadas, la concurrencia del mismo es cuestión fáctica resultado de un proceso valorativo, que racionalmente motivado en la instancia, no cabe revisarse en esta sede casacional. En definitiva, dado el motivo elegido, *error iuris*, donde no cabe alteración fáctica de la narración probada, concorde el entendimiento de la norma que posibilita su compatibilidad constitucional, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y de esta propia Sala Segunda, el motivo debe ser desestimado, pues la conducta enjuiciada no integra el comportamiento típico del art. 578 CP. Tampoco cabe predicar delito de humillación de la víctima de terrorismo, dado que además, con abstracción hecha del calificativo o juicio ético que tal humor negro merezca, desde la consideración típica que nos corresponde analizar, (...)”

terrorismo, la STS 600/2017, de 25 de julio para realizar una interpretación restrictiva que impidió la aplicación del tipo penal en el caso concreto, puesto que las expresiones enjuiciadas, pese a ser de mal gusto, “(...) , no entrañan el riesgo que exige la jurisprudencia constitucional, y la de esta propia Sala, de provocar acciones terroristas, riesgo también asumido por la Directiva de la UE 2017/541 (...) ”(FD 6º).¹⁵⁰

Por último, pese a que la Directiva europea 2017/541 alude en sus considerandos a la conducta referida a la “humillación de las víctimas”, no cabe deducir de ello que esta norma considere la conducta consistente en realizar actos de descrédito o humillación de las mismas como un “delito terrorista”, como sí se contempla el art. 578.1 CP español. De hecho, puesto que la Directiva europea no contiene indicación obligatoria para que los estados introduzcan semejante delito, son escasos los pronunciamientos de los tribunales de nuestro país que apelan a dicha Directiva, a efectos de enjuiciar la aplicación del llamado delito de humillación a las víctimas (vid. STS 334/2018 de 4 de julio).¹⁵¹ En consecuencia con todo lo anterior, parece coherente y merece una valoración positiva que la LO 1/2019 no haya endurecido aún más este delito, pudiendo haber aprovechado esta ley de reforma, más bien, para restringir mejor las conductas típicas y así limar fricciones con los citados derechos fundamentales.

A la luz del análisis de los delitos introducidos por la reforma penal de 2015, cabe deducir que las vías por las que apostó el legislador penal para contener, en nuestro país, el avance del terrorismo de raíz yihadista, fueron similares a las adoptadas por la Directiva europea 2017/541, es decir, la criminalización del uso de nuevas tecnologías, internet o de servicios de comunicación electrónica accesibles al público, con la finalidad de preparar, colaborar o realizar actos terroristas. De

¹⁵⁰ M. Ponente: J. Sánchez Mengal. De conformidad con el FD 6º: “(...) Este riesgo no se encuentra naturalmente presente en la otra modalidad prevista en el art. 578 CP, esto es, la humillación de las víctimas del terrorismo, tipo delictivo que tiene como fundamento vilipendiar a quien ya ha sido objeto de un ataque terrorista, o bien a sus familiares, aumentando aun más si cabe el dolor que produce el terror, y con el que ningún “riesgo” puede ser confundido para su perpetración. En el caso enjuiciado, las expresiones analizadas, dada la zafiedad de sus aseveraciones, no suponen amenaza alguna ni riesgo inherente al bien jurídico protegido, por lo que debe ser desestimado el recurso.”

¹⁵¹ M. Ponente: V. Magro Servet. En esta sentencia se dicta una segunda resolución para casar la sentencia que condenó por un delito de humillación de las víctimas, de modo que se absuelve del mismo al acusado, a la vista de que: “(...) en cualquier caso, es preciso también tratar sobre el conjunto de la exposición llevada a cabo los mensajes y también en los casos de humillación debe tenerse en cuenta el sentido, e intención de las expresiones proferidas, y no se evidencia del conjunto de los mensajes que ahora analizamos un contenido que pueda traspasar esos límites fronterizos para entrar en el ámbito del art. 578 CP como delito de humillación a las víctimas del terrorismo, en un contexto global absolutamente desacertado y rechazable pero que en esta línea de los “problemas fronterizos” entre la vía penal y la civil, o lo desacertado de las expresiones que se suceden en este caso, debe estarse a la estimación del recurso conllevando la absolución del recurrente, no sin advertir, también, la necesidad de que se adopten medidas organizativas en los prestadores de servicio para cortar la difusión inmediata de expresiones como las aquí contempladas que se exceden del objetivo de estas redes de comunicación y que, obviamente, pueden ofender a personas afectadas por estas expresiones, pero en el terreno del derecho penal debe estarse al caso concreto en estos casos, como se ha expuesto” (FD 3º, segunda sentencia).

otro lado, se adelantó la línea de intervención penal hasta alcanzar casos de adoc-trinamiento propio y pasivo, toda vez que se trató de evitar la movilización de los combatientes terroristas extranjeros. Sin embargo es más que dudoso que las medi-das penales previstas vayan a lograr los objetivos que se espera de ellas pues, por ejemplo, el fenómeno de los combatientes extranjeros está, en realidad, más conec-tado con la problemática de las migraciones y con los conflictos bélicos en terceros países, que con un conflicto doméstico al que la legislación penal de cada país pueda hacer frente con regulaciones contraterroristas que -como demuestra el ejemplo de la española- no están armonizadas respecto a estos delitos. Además, desde la perspectiva del postulado de “*ultima ratio*” no parece que la intervención penal en primera instancia, vaya a ser la solución de este conflicto, de dimensiones sociales y políticas, ni tampoco parece, como a continuación veremos, que la LO 1/2019 haya mejorado la respuesta a la problemática de los *FTFs*.

4. Medidas contraterroristas de la reforma penal de LO 1/2019, de 20 de febrero: precedentes legislativos y contenido esencial

Como se ha avanzado, la LO 1/2019 de 20 de febrero ha introducido un paquete de medidas contraterroristas en un ámbito que ya había sido objeto de reciente reforma por LO 2/2105 que previó novedades en la Sección 2ª, Capítulo VII del Título XXII del Código penal, donde se residencian los delitos de terrorismo. Pese a ello, nuestro país declaró que seguía asumiendo los compromisos comunitarios en esta materia, apelando de nuevo a la Directiva 2017/541/UE. Son muchas las dudas que surgen a la hora de valorar si era necesario, desde una perspectiva de política-criminal -basada en los requisitos del principio de proporcionalidad-, trasponer más medidas contraterroristas tras la reforma penal de 2015. Porque, como ya se ha indicado, en algunos casos (v.gr. delito de enaltecimiento) nuestra legislación penal preveía, antes de 2019, medidas de esta índole, pero incluso más graves que las que contemplaba la propia normativa comunitaria. Sin embargo, en lugar de plantear dichas cuestiones en sede parlamentaria o incluso a instancias europeas, el legislador penal español decidió incorporar a nuestro ordenamiento jurídico algunas novedades que dicha Directiva planteaba, a través de un procedi-miento parlamentario de rápida tramitación¹⁵², caracterizado por una escasa funda-mentación y por trámites apresurados¹⁵³. Pues bien, puede decirse que las modifi-

¹⁵² Vid. con carácter general, <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas>. XII Legislatura.

¹⁵³ Resumiendo dicho proceso, hay que remontarse al 20 de diciembre de 2018, cuando se emitió el *Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno* del Congreso. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-228-6 de 20/12/2018 p. 1 y ss. El 28 de diciembre de 2018 se aprobaba en el Pleno del Congreso de los Diputados. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-228-7 de 28/12/2018 pp. 12 y 13. El 18 de enero de 2019 se remitió el texto al Senado. Vid. BOCG. Senado Núm. 328_2460 (Apartado I), p.84 y ss. En fecha 1 de febrero de 2019, se realizó el Informe de la Ponencia del

caciones realizadas por la LO 1/2019, de 20 de febrero, prácticamente recogen la totalidad de propuestas incluidas en la proposición de Ley Orgánica para modificar el Código penal de 1995, presentada en el Congreso el 16 de marzo de 2018 (BOCG, VII Legislatura n.º 228-1).¹⁵⁴ Pasemos a analizarlas brevemente:

En primer lugar, la propuesta de ley de 2018 advertía que dado que el artículo 15.3 de la Directiva 2017/541/UE imponía una pena máxima a los dirigentes de una organización o grupo terrorista superior a la del artículo 572 del Código Penal, sería preciso una reforma en este precepto. En esta línea, la LO 1/2019 introdujo dicha modificación en el art. 572 del Código penal, elevando las penas de los delitos previstos en el apartado 1º y 2º.

En segundo lugar, aquella propuesta de ley señalaba que la Directiva europea de 2017, en su artículo 12, apartado c), obligaba a incluir entre los delitos terroristas la falsedad documental, que no estaba prevista en el artículo 573 del Código Penal. También la LO 1/2019 se ha hecho eco de dicho delito, como luego veremos.

En tercer lugar, la propuesta de ley indicaba -de manera un tanto genérica¹⁵⁵- que el delito relativo a los “viajes con fines terroristas”, previsto en el art. 9 de la Directiva 2017/541/UE, tenía una regulación más amplia que el de la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, -que inspiró la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo-, al no exigir que el viaje tuviera por destino un territorio “controlado” por terroristas, sino que la Directiva simplemente requiere viajar a un país, estado o “territorio extranjero”. Como veremos, este último ámbito de aplicación es el que ha trascendido al actual art. 575.3 CP.

Por último, la propuesta de ley apelaba al art. 17 de la Directiva europea, para que se extendiera la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la comisión de cualquier tipo de delito de terrorismo. Y ello porque -como antes hemos visto-, según el art. 576.5 CP -anterior a la reforma penal de LO 1/2019-, dicha responsabilidad penal solo se preveía para los delitos de financiación del terrorismo (art. 576.1, 2, 3 y 4 CP).

En relación con esta propuesta parlamentaria, hubo diversas enmiendas que, finalmente, no prosperaron, pero cuyo análisis resulta interesante acometer porque advierten inconvenientes antes aquí señalados. En concreto, se planteó una enmienda al art. 573.1 CP, para corregir la definición de terrorismo en el sentido de

Senado, donde prácticamente no se admitió ninguna de las enmiendas planteadas. Vid. BOCG. Senado Núm. 334_2542 (Apartado I) de 01/02/2019, p. 34 y ss. Por último, el 4 de febrero de 2019, se aprobó el Dictamen de la Comisión de justicia en el Senado. Vid. BOCG. Senado Núm. 335-2547 (Apartado I), p. 80. Así, el Pleno del Senado, en su sesión n.º 54, celebrada el 6 de febrero de 2019, aprobó la Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los ámbitos financieros y de terrorismo. Vid. BOCG. Senado Núm. 340 2588 (Apartado I), p. 3.

¹⁵⁴ Vid. Proposición de Ley Orgánica 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. Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, el 6 de marzo de 2018. Vid. BOCG, VII Legislatura, n.º. 228-1.

¹⁵⁵ Vid. p. 3, apartado III de la Exposición de Motivos.

adaptarla a la Directiva y además para “(...) conjurar las tentaciones de incurrir en excesos aplicativos, de lo cual es ejemplo la propuesta de inclusión de las falsedades documentales.¹⁵⁶” Además de ello, se propuso otra enmienda dirigida a rechazar el “recorte” del ámbito típico del art. 575.3 CP,¹⁵⁷ de modo que se mantuviera la referencia a un territorio extranjero “controlado por un grupo u organización terrorista”, haciéndose eco así, de la problemática aquí abordada de los *FTFs*. Para justificar la supresión de esta modificación en aquel precepto, la enmienda destacaba que la finalidad de la mención al control por un grupo u organización terrorista, 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, en el mismo sentido que el apartado 1 del artículo 575.”¹⁵⁸ Con respecto al delito del art. 575 CP también se indicaba, a través de otras enmiendas, una adición en su contenido,¹⁵⁹ en el sentido de delimitar con mayor precisión la conducta de auto-adoctrinamiento, los viajes a territorios extranjeros y la introducción, bajo ciertas condiciones, de una atenuante. No obstante, ni ésta ni otras enmiendas¹⁶⁰ que, por ejemplo, planteaban la supresión del delito de enaltecimiento del art. 578 CP¹⁶¹, llegaron a prosperar¹⁶². De modo

¹⁵⁶ Vid. así la Justificación de la Enmienda nº 11 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea al artículo único, apartado veinte. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-228-4 de 12 de septiembre de 2018, pp. 6 y 7.

¹⁵⁷ Vid. la Justificación de la Enmienda nº 12 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea al artículo único, apartado veintiuno. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-228-4 de 12 de septiembre de 2018, pp. 7 y 8.

¹⁵⁸ Asimismo, en la citada enmienda nº 12, planteada en el Congreso de los Diputados en diciembre de 2018, se criticaba la redacción propuesta porque “(...) cualquier viaje a cualquier lugar del mundo (incluyendo, se entiende, países de la Unión Europea), con independencia de la situación del país de destino, puede integrar ahora la conducta punible del artículo 575.3.” En definitiva, se objetaba que este recorte del ámbito típico causaría “(...) 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 de la Directiva 207/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017).”

¹⁵⁹ Vid. la Enmienda nº 16 del mismo Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-228-4 de 12 de septiembre de 2018, pp. 9 y 10, donde se proponía una completa reformulación del art. 575 CP “(...) para ajustarlo a las exigencias supranacionales de las Directivas europeas, pero sin dejar de lado los más elementales principios y garantías constitucionales.” Así, entre otras razones, se apunta en aquella enmienda que a una posible deriva punitivista en nuestro país “(...) amparándose en supuestas y en la mayor parte de los casos realmente inexistentes exigencias supranacionales, ha llevado por ejemplo a que en base al artículo 575 del Código Penal se puedan convertir en penalmente relevantes los meros actos de auto-adiestramiento o autoadoctrinamiento pasivo que realice de forma individual y autónoma quien, por ejemplo, busca por su cuenta contenidos instructores o adoctrinadores que le sirvan para prepararse para cometer cualquier delito de terrorismo y comience a utilizarlos con el fin de conseguirlo. Es evidente que lo que esta regulación produce es un adelantamiento excesivo de la intervención penal, (...)”

¹⁶⁰ Vid. Enmienda nº 17, del mismo Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-228-4 de 12 de septiembre de 2018, pp. 10 y 11.

¹⁶¹ Vid. Enmienda nº 18, del mismo Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-228-4 de 12 de septiembre 2018, pp. 11-13.

que, aunque alguna de estas enmiendas se reiteraron en sede del Senado, como es obvio, no llegaron a trascender al texto de la ley.¹⁶³

Una vez analizada la propuesta parlamentaria que fue el precedente legislativo de las medidas contraterroristas introducidas por la LO 1/2019 así como las principales enmiendas que se le realizaron -y que no prosperaron-, conviene destacar el paralelismo de aquella propuesta con la ley finalmente aprobada y las medidas allí previstas y que, en la actualidad, a raíz de dicha reforma, ya son legislación penal vigente. En concreto, dicha ley orgánica ha introducido los siguientes cambios en el vigente Código penal:

En primer lugar, se modifica el art. 572 del Código penal de modo que para el delito de organizar o dirigir una organización terrorista, de su apartado 1º, se eleva el límite máximo de la pena de prisión que pasa a ser ahora de 15 años (cuando antes era de 14 años). Además, tanto en este delito como en el del apartado 2º (participación activa en la organización) se sustituyen las penas de inhabilitación especial por sendas penas de inhabilitación absoluta. Y ello porque así se evita “(...) la antinomia producida con el artículo 55 del Código Penal y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 579 bis, introducido por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo.” Las modificaciones en este delito se justifican en la obligación de trasponer lo previsto en el artículo 15.3 de la Directiva 2017/541/UE donde se impone una pena máxima a los dirigentes de una organización o grupo terrorista “(...) superior a la regulación actual (...)” prevista antes de febrero de 2019 en nuestro país. Ciertamente en aquel art. 15.3 de la directiva se exhortaba a los estados miembros a castigar con penas de prisión que tuvieran una pena máxima no inferior a 15 años, para el delito consistente en la dirección de grupo terrorista.¹⁶⁴ No obstante, el art. 572.1 CP también alude a otros supuestos de quienes “promovieran, construyeran, organizaran (...) una organización o grupo terrorista” que ahora son conminados con esa pena máxima de prisión de 15 años, si bien la citada Directiva no aludía a ellos. Es decir, a cuenta de aumentar la pena en el caso de dirección de grupo terrorista, el legislador penal español ha elevado también la pena de prisión a un máximo de 15 años, para casos a los que no obligaba la directiva. Se detecta así un ámbito de ampliación de la punibilidad en esta materia, más allá de lo exigido por la directiva.

En segundo lugar, se introduce *ex novo*, un delito de falsedad documental entre los ilícitos previstos en el apartado 1º del art. 573 CP, de modo que así se amplía el campo de aplicación de los delitos terroristas. Y ello se justifica en la previsión en este sentido contenida en el art. 12 apartado c) de la citada Directiva EU de 2017.

¹⁶² Vid. Enmiendas nº 20, 21 y 22 del Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-228-4 de 12 de septiembre 2018, pp. 13 a 15.

¹⁶³ Vid. Enmiendas 5 a 13 del Grupo mixto en BOCG. Senado Núm. 331_2504 (Apartado I) de 29 de enero 2019 p. 277 a 284.

¹⁶⁴ Vid. art. 4.a) de la Directiva 2017/541/UE.

En efecto, la directiva así lo indicaba y ello comporta, por tanto, ampliar con más ilícitos la punibilidad de los delitos terroristas del art. 573.1 CP. Pese a las críticas en este sentido, a mi modo de ver, hay una coincidencia con la demanda de la normativa europea que cobra sentido práctico, pues no se puede subestimar el relevante papel de las diversas formas de falsedades documentales (en documentos oficiales, públicos, privados, etc.) como clave para agilizar la comisión de delitos terroristas. Por ello esta modificación, ajusta el ámbito de lo punible en nuestro ordenamiento penal, a lo demandado por aquella directiva europea.

En tercer lugar, se modifica el delito referido a los viajes con fines terroristas. Ante todo, porque según el Preámbulo de la ley penal de reforma de 2019, dicho delito “(...) tiene una regulación mucho más amplia en la Directiva 2017/541/UE que el fijado en la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que inspiró la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, al no exigir que el viaje tenga por destino un territorio controlado por terroristas.” De este modo, el actual art. 575 CP en su apartado 3º castiga a quien “(...) para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero”. Como ya se ha adelantado, la supresión de la referencia al control por parte de organizaciones o grupos terroristas del territorio donde se traslade el presunto autor, merece una valoración negativa pues, de un lado, no logra acotar el ámbito típico de este precepto con la precisión que demanda el principio de legalidad penal; de otro, no se ajusta a los casos previstos en la directiva de la que -teóricamente- trae causa esta modificación ya que ni siquiera indica una dirección o sentido de dichos viajes como allí se exige; por último, amplía tanto el ámbito de lo punible que crea un problema aplicativo a la hora de evitar el castigo de supuestos nimios. Es decir casos en que alguien se traslade a cualquier país extranjero, con independencia de su situación social (pacífica, en guerra etc.) y, aún teniendo por fin cometer delitos terroristas, no logre integrarse en una organización terrorista y lo que finalmente cometa sean delitos comunes.¹⁶⁵ Parece, por tanto, que se hace bascular el castigo de este delito en la prueba del controvertido elemento subjetivo de la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos terroristas o colaborar con una organización terrorista o cometer uno de dichos delitos. En suma, la modificación de este art. 575.3 CP no se ajusta a la demanda de la normativa comunitaria, amplia desproporcionadamente el ámbito típico y por todo ello merece una valoración negativa. Es recomendable, *de lege ferenda*, abordar su reforma o, cuanto menos, acotar la expansión de este precepto, en sede judicial, sobre criterios interpretativos restrictivos tendentes, cuanto menos, a evidenciar, más allá de toda duda razonable, que dicho viaje era absolutamente idóneo para

¹⁶⁵ Considérese el caso: “Juzgan en Múnich a una alemana convertida al Islam, militante del DAESH, que esclavizó y dejó morir de sed a una niña de 5 años” en www.alertadigital.com (última visita: 15/05/2019).

ejecutar uno de aquellos fines. Toda vez que puede que haya que establecer criterios para sortear la colisión con la competencia jurisdiccional de otros estados.

En cuarto lugar, se amplía la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la comisión de cualquier tipo de delito de terrorismo, y no solo para los delitos de financiación del terrorismo como existía hasta ahora. Para ello, de un lado, se elimina el apartado 5º del art. 576 CP donde antes se limitaba la responsabilidad penal de personas jurídicas a los delitos de financiación terrorista. De otro, expresamente se contiene ahora la extensión a todos los delitos en el actual art. 580 bis) CP, sobre la base de una técnica legislativa que -como ya se ha adelantado-, responde al sistema de “*numerus clausus*” establecido por el legislador penal español a raíz del art. 31 bis) CP, de modo que cabe identificar en este ámbito un sistema de imputación por transferencia o contaminación de la responsabilidad de la persona física a la jurídica, por la comisión de delitos terroristas. Es cierto que, de nuevo, así se amplía el ámbito de la punibilidad, pero no lo es menos que también la citada directiva europea lo demandaba y que responde a una exigencia de mayor eficiencia en la persecución de delitos terroristas imputables a personas jurídicas, cuya comisión en la práctica, no puede soslayarse pues el empleo para ello de todo tipo de entes, es una realidad común y dinamizadora de la criminalidad en esta materia.

Como se ha ido indicando, cada una de las medidas contraterroristas introducidas en el Código penal, apela a uno o varios preceptos de la Directiva 2017/541/UE del mismo modo que antes lo hizo la proposición de ley presentada en el Congreso de los Diputados, el 16 de marzo de 2018. En esta norma comunitaria radica pues, teóricamente, la fundamentación político-criminal de la reforma en nuestra legislación penal en materia de terrorismo. Por consiguiente, conviene analizar, por último, qué rasgos manifiesta la política-criminal que motivó la citada Directiva y si, en última instancia, coinciden o se insertan en la tendencia legislativa hacia un Derecho penal del enemigo.

5. ¿Europeización del Derecho penal del enemigo?

A fin de verificar si los delitos de terrorismo reformados y/o introducidos por la LO 1/2019 de 20 de febrero, por influencia de la Directiva 2017/541, pueden insertarse en el fenómeno denominado “Derecho penal del enemigo” y si, precisamente, por virtud de dicha directiva esta política punitiva puede haber alcanzado una dimensión europea, conviene delimitar los rasgos básicos de esta propuesta teórica, con frecuencia, convertida en corriente político criminal en esta materia.

5.1. Rasgos básicos del Derecho penal del enemigo

No por sabido ha de dejar de recordarse que la teorización del Derecho penal de enemigo experimenta un auge y proyección práctica a partir de que, muchos esta-

dos, siguiendo las directrices internacionales, a partir del 11-S y de la sucesión de execrables ataques terroristas posteriores, aceptaran la tendencia expansiva de la intervención penal en materia terrorista. Más aún, dicha tendencia continúa hasta la actualidad, en una espiral que parece no tener límites, a costa de reformar, múltiples Códigos Penales de países de nuestro entorno jurídico, que se han rearmado, añadiendo más delitos de los que suele considerarse racional en un Derecho penal liberal y democrático. Y aunque es cierto que, en tiempos recientes, en los países occidentales -como por ejemplo en España-, no se suelen aprobar leyes de emergencia anti-terroristas específicas, no lo es menos que, las medidas contraterroristas han ido engrosando los Códigos penales vigentes en la actualidad a través de sucesivas reformas surgiendo un “corpus” legislativo que se enmarca en lo que, desde la perspectiva teórica, se denomina el Derecho penal de excepción o emergencia¹⁶⁶. La aparición de esta normativa contraterroristas confirma, además, la tendencia político-criminal hacia el llamado Derecho penal del enemigo (“Feindstrafrecht”).¹⁶⁷ Esta tendencia podría resumirse mucho, diciendo que, en tiempos recientes, es el exponente más acabado de un Derecho penal de autor, dirigido a estigmatizar a concretos sujetos, por lo general, disidentes políticos. No obstante, la amplia teorización realizada sobre el Derecho penal del enemigo, hace preciso analizar brevemente esta construcción dogmática, introducida por el penalista alemán G. JAKOBS a mediados de los años ochenta del pasado siglo¹⁶⁸. Su fundamento radicaría en construcciones filosóficas¹⁶⁹ y teóricas que se remontan a Carl Schmitt y a su idea de la política como la contraposición entre el ciudadano *versus* el enemigo¹⁷⁰, a la vez que hay que aludir a su visión de la normalidad y la excepción como categorías básicas para entender el conflicto político.¹⁷¹ Desde la perspectiva histórica, el término “enemigo” tiene una connotación bélica puesto que, en efecto, pertenece a la lógica de la guerra lo que, como es sabido, comporta la negación del

¹⁶⁶ Vid. PÉREZ CEPEDA, A.I., “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal” en FARALDO CABANA (dir.)/PUENTE ABA, L./SOUTO GARCÍA, E.M., *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, pp. 95-138.

¹⁶⁷ Vid. CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo ¿Derecho penal del enemigo?”, en M. Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 373 y ss.

¹⁶⁸ Vid. JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *El Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2006, 2º ed., págs. 21 y ss.

¹⁶⁹ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, *Revista Penal*, enero 2007, 19, pp. 56 a 57. Vid. GÓMEZ-JARA DIEZ, C., “Enemy combatants versus Enemy Criminal law” *Buffalo Criminal law Review*, 2008, pp. 4-11.

¹⁷⁰ Vid. PORTILLA CONTRERAS, G., “La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el derecho penal y procesal penal del enemigo” en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Cancio Meliá, M./ Gómez-Jara Díez (coords.)), vol. 2, Madrid, pp. 657 y ss. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El renacimiento del pensamiento...” Op. cit., p.57. GÓMEZ-JARA, C., “Enemy combatants...” Op. cit., p.24.

¹⁷¹ Vid. REVENGA SÁNCHEZ, M., “Terrorismo y derecho...” Op. cit. p. 15.

derecho.¹⁷² La novedad de la figura del enemigo es relativa, pues aparece, por lo general, en regímenes políticos autoritarios y dictatoriales (v.gr. en Argentina o Chile) para caracterizar a los disidentes como “enemigos internos” o también en la lucha contra el narcotráfico en países iberoamericanos donde la noción de “enemigo” permitió movilizar y justificar el empleo de recursos militares.¹⁷³ Estos orígenes refuerzan la idea de que las legislaciones penales modernas que se instalan, como regla general, en lo excepcional o en la “emergencia” constante, reflejan una evolución – reforzada por la mutación del Welfare State, en un Estado preventivo¹⁷⁴ máximo, a efectos de control social-, hacia sistemas jurídicos más propios de regímenes autoritarios.¹⁷⁵ En especial, a raíz de las múltiples medidas contraterroristas que han pasado a engrosar una especie de arsenal punitivo en los distintos ordenamientos jurídicos o legislaciones domésticas,¹⁷⁶ en ocasiones con la anuencia de la UE¹⁷⁷ y de la ONU.¹⁷⁸ La escasamente rebatida idea, propia de la lógica de la emergencia, según la cual cualquier conflicto social ha de hallar solución en la respuesta punitiva, está en el origen del pensamiento que aplica la intervención penal como *extrema ratio* también en materia terrorista,¹⁷⁹ postergando cualquier posible solución política del conflicto y anulando, asimismo, cualquier atisbo de la cultura garantista que debiera inspirar también este ámbito del Derecho penal, al menos entendido éste en un sentido liberal. Se expande por tanto, el pensamiento pragmático-eficientista propio de las corrientes funcionalistas extremas en Derecho penal, que básicamente reclama la renovada vigencia de la teoría del Estado de excepción permanente, en las legislaciones penales¹⁸⁰ y que ha encontrado en el pensamiento de autores como G. JAKOBS y quienes lo desarrollan, la mejor fundamentación teórica posible para atribuir al Estado no ya el *ius puniendi*, sino el *ius*

¹⁷² Vid. DEMETRIO CRESPO, E., “Derecho penal del enemigo y teoría del derecho” en *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, (dirs. Portilla Contreras/ Pérez Cepeda) Salamanca, 2016, p. 42.

¹⁷³ Vid. FARALDO CABANA, P., en “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización* (coord. Faraldo Cabana/Puente Aba/Brandariz García), Valencia, 2004, p. 311.

¹⁷⁴ Vid. DENNINGER, E., “Der Präventions-Staat”, *KJ*, 1988, n.21 (1), p. 1 y ss.

¹⁷⁵ Vid. NAZZARO, U., *Il Diritto penale del nemico tra delitto di associazione politica e misure di contrasto al terrorismo internazionale*, Academia Pontaniana, 2016, p. 107 y 108.

¹⁷⁶ Vid. GALLI, F./ WEYEMBERGH, A. (eds.), *EU counter terrorism offences. What impact on national legislation and case law?*, Editions de l’Université de Bruxelles, 2012, p. 15 y ss.

¹⁷⁷ Vid., entre otras, la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. Considérese, entre otras, la reunión informal del Consejo de Europa de 12 de febrero de 2015 y el documento de conclusiones adoptado, tras los atentados contra periodistas de la revista *Charlie Hebdo*. Vid. la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la de la utilización del sistema financiero para la financiación del terrorismo. Vid. Protocolo adicional al Convenio de 2005, de 19 de mayo de 2015, en el marco del Consejo de Europa.

¹⁷⁸ Vid. resolución Consejo de Seguridad de ONU 2170/2014, de 15 de agosto 2014.

¹⁷⁹ Vid. NAZZARO, U., *Il Diritto penale del nemico...* Op. cit., p. 110 y ss.

¹⁸⁰ Vid. PÉREZ CEPEDA, A.I., “El paradigma de la seguridad en la globalización...” Op. cit., p.100 y ss.

bello.¹⁸¹ Como evidencia de que esto es así, cabe reparar en la penetración en la legislación penal ordinaria, de técnicas jurídicas propias de un derecho militar así como en el recrudescimiento generalizado al que asistimos, en las últimas décadas, de prácticamente todas las legislaciones penales terroristas, en donde priman las medidas “contraterroristas” reactivas a concretos atentados y dirigidas a identificar quiénes son los enemigos y cómo combatirlos del modo más severo posible. Y ello tanto desde el momento de configurar las infracciones y sanciones, pasando por la minimización de sus garantías en el proceso penal, hasta alcanzar el mayor rigor en la ejecución de las penas. El carácter reactivo de las leyes penales antiterroristas,¹⁸² implica que las mismas se aprueban, por lo general, como respuesta inmediata pero poco meditada al último de los ataques terroristas (*fight the last war*). Ello no solo pone en peligro los principios penales garantistas y libertades públicas por la baja calidad democrática de una legislación penal deficiente, sino que impide un análisis objetivo de la gravedad de la amenaza terrorista y de los recursos políticos con los que efectivamente se cuenta para combatirla.¹⁸³ En especial, en materia terrorista, se hace evidente lo que ROACH ha denominado “politización del delito”, pues las sucesivas reformas penales se ofrecen como una respuesta simbólica y barata a un conflicto social muy grave con implicaciones no solo políticas sino sociales, económicas e incluso culturales.¹⁸⁴ Al darles ese uso a las leyes penales antiterroristas, se convierten en el mejor exponente del fenómeno entendido por SIMON como “gobernar a través del delito” pues, ante todo en los estados neo-liberales, la amenaza terrorista, trata de afrontarse, en primera instancia, con leyes penales que, supuestamente, reflejan que se está haciendo algo -ante la errónea creencia de que frente el terrorismo, nada sirve, excepto quizá la pena-, toda vez que así se transmite el mensaje a la sociedad de solidaridad con las víctimas inocentes.¹⁸⁵ Sobre la base de esta caracterización, cabe recapitular acerca de los rasgos básicos del Derecho penal del enemigo¹⁸⁶: por lo general, suele comportar una vis expansiva de la legislación penal o adelantamiento de la intervención penal en terrorismo, a través del castigo de actos preparatorios en tipos penales donde predomina, por tanto, un concepto unitario de autor; en segundo lugar, se tiende a introducir pre-

¹⁸¹ Vid. JAKOBS, G./CANCÍO MELIÁ, M., *El Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2ª ed., 2006, pp. 23 y ss.

¹⁸² LAMARCA PÉREZ, habla de la lógica de agresión-legislación cuando se comete un atentado terrorista, para paliar la alarma social desatada. Vid. *Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Madrid, 2004, p. 685.

¹⁸³ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./FLORES GIMÉNEZ, F., “Seguridad global y derechos...” Op. cit., p.61.

¹⁸⁴ Vid. ROACH, K., “The Criminal law and terrorism” en *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, 2005, p.132.

¹⁸⁵ Vid. SIMON, J., *Governing through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, 2007, Oxford-NY, pp. 259 y ss.

¹⁸⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario” en MUÑOZ CONDE/LOSANO (coords.) *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, 2004, pp. 161-184. ZAFFARONI, E.R., “El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento” en *Terrorismo y Estado de Derecho* (dirs. SERRANO-PIEDRECASAS/DEMETRIO CRESPO), Madrid, 2010, pp. 360 y ss.

sunciones de culpabilidad y delitos de sospecha, configurando un Derecho penal de autor; en tercer lugar, hay una agravación general de las penas y endurecimiento de su ejecución; por último, se amplían los poderes de policía (v.gr. prórrogas de plazos de detención gubernativa) y se restringen las garantías procesales (v.gr. restricción del derecho de defensa).¹⁸⁷ En suma, la política criminal basada en el Derecho penal del enemigo comporta una reformulación del pensamiento autoritario¹⁸⁸ y, por tanto, es excluyente de modo que, en materia terrorista, tiende delimitar, la figura del terrorista como un enemigo de la sociedad¹⁸⁹ o incluso de la comunidad internacional. Al respecto, llama la atención cómo la Directiva 2017/541 insta a configurar entre otras figuras de autor, a los llamados FTFs, dando pie a que, en las legislaciones de los estados miembros -como sucede en la española- se llegue a configurar un Derecho penal de autor en torno a quienes, meramente, realizan “viajes”, al extranjero, con la finalidad de cometer o colaborar en la comisión de delitos terroristas, sirviendo estos vagos términos para eludir el estricto *standard* probatorio derivado de la presunción de inocencia. La misma directiva exhorta a la persecución penal como autores de quienes realizan conductas pre-delictuales, puesto que se amplía la intervención a actos propios de quienes, materialmente, participan en delitos terroristas (v.gr. provocación pública, adiestramiento, captación, auto-adiestramiento, financiación del terrorismo), y por tanto solo llevarían a cabo actos preparatorios. Con esta técnica legislativa de prevenir actos terroristas, lo único que se limita anticipadamente parecen ser los derechos fundamentales de los ciudadanos. Desde luego no puede trivializarse sobre la amenaza de la clase de terrorismo que se trata de prevenir y que emplea muchas de aquellas actuaciones como *modus operandi* para cometer execrables atentados. Sin embargo, acogiendo la perspectiva del Derecho penal del enemigo no se puede evaluar objetivamente, por parte del Estado, la gravedad de la amenaza a la seguridad que representa el terrorismo global. Más bien se produce una devaluación generalizada de derechos fundamentales, acudiendo al Derecho penal como único recurso para combatir el terrorismo -que se convierte en un híbrido entre delito y amenaza-, lo que evidencia una renuncia del Estado de Derecho a su propia esencia democrática y, paradójicamente, lo aproxima a la ideología autoritaria que pretendidamente trata de combatir.

5.2. *A modo de conclusión*

A vista de esta trayectoria de la legislación penal española, surge la duda de si puede afirmarse que, *de facto*, las medidas contraterroristas que instó a introducir la Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017

¹⁸⁷ Vid. LAMARCA PÉREZ, C., “La dimensión política del terrorismo” Op. cit., p.1332 y 1333.

¹⁸⁸ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El renacimiento del pensamiento totalitario...” Op. cit., p.52.

¹⁸⁹ Vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., “Derechos fundamentales y legislación...” Op. cit., p.65.

y que en nuestro país cristalizaron en las reformas penales de la LLOO 1/2019, se insertarían en el seno del llamado Derecho penal del enemigo. Existen razones para contestar afirmativamente a esta pregunta,¹⁹⁰ dado que como se ha indicado, la citada Directiva reúne muchos de los rasgos básicos de este fenómeno en su tendencia a impregnar la política-criminal de los distintos estados. A título de recapitulación, las principales medidas contraterroristas de la Directiva europea 2017/541 y que reunirían los rasgos básicos del fenómeno del Derecho penal del enemigo,¹⁹¹ con incidencia en la legislación penal española, serían las siguientes: a) incremento de los ilícitos tipificados como delitos de terrorismo, incluyendo elementos o referencia que rememoran un lenguaje bélico (v.gr. “combatientes” terroristas extranjeros; vid. Csdos. 4,5,6, 12 y 13 directiva y art. 575.3 CP); b) adelantamiento de la intervención penal, de modo que se tipifican como delitos, actos que, desde la perspectiva material, solo pueden ser calificados de preparatorios y/o de apología (v.gr. adoctrinamiento, adiestramiento, captación, enaltecimiento, humillación de víctimas, vid. arts. 575 y 578 CP);¹⁹² c) en coherencia con lo anterior las legislaciones de los estados miembros -en particular el español-, tienden a introducir, un concepto unitario de autor en los correspondientes tipos penales, pues prácticamente cualquier interviniente en actos terroristas, ha de responder como autor de un delito de terrorismo (arts.575 y 577 CP); d) lo anterior redundaría en una proliferación de delitos de sospecha, pues se atiende al perfil identificable del terrorista -y no a lo que efectivamente hace-, asociándose a aquél una presunción de culpabilidad (v.gr. art. 575.3 CP); e) también se aprecia un aumento de las correspondientes penas (vid. art. 572 CP). f) además, se ensanchan los márgenes del ámbito de lo punible al incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. g) Asimismo, la legislación comunitaria fomentó ampliar los poderes de investigación y de policía, a través de determinados instrumentos de investigación, embargos y/o decomisos.¹⁹³ h) todo lo anterior, redundaría en perjuicio del disfrute de las garantías propias del proceso penal,¹⁹⁴ para el acusado de estos delitos, pues más bien parece que habrá de demostrar su inocencia. En efecto, pese a los escasos aspectos procesales tratados por aquella directiva,¹⁹⁵ parece evidente que las medidas traspuestas por las

¹⁹⁰ Vid., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Contraterrorismo” *Liber Amicorum*, Op. cit., p. 1369. LAMARCA PÉREZ, C., “La dimensión política...” Op. cit., p. 1333; DÍAZ FERNÁNDEZ, A., “Terrorismo...” Op. cit., p.1350. NUÑEZ PAZ, A., “Reflexiones actuales...” Op. cit., p.1385.

¹⁹¹ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E., quien también considera algunos delitos de la Directiva como expresión de la justicia penal preventiva, en “Justicia penal preventiva y Derecho penal...” Op. cit., pp. 203 a 205.

¹⁹² Vid. ALONSO RIMO, A., “La criminalización de la preparación delictiva a través de la Parte Especial del Código penal. Especial referencia a los delitos de terrorismo”, en *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales...* Op. cit., p. 254.

¹⁹³ En concreto el art. 20(2) insta a los estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que sus autoridades competentes adopten, entre otras medidas, embargos o decomisos.

¹⁹⁴ De hecho, en el ámbito de estas normas es donde la vulneración de derechos fundamentales puede ser más grave. Vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., “Derechos fundamentales y legislación...” Op. cit., p. 96.

¹⁹⁵ Al respecto, planteaba algunas medidas para ampliar la jurisdicción de los estados miembros (art. 19) sobre los delitos de los arts.3 a 12 y 14 y contemplaba ampliar la jurisdicción de un estado miembro “(...)

LLOO 2/2015 y 1/2019, van a condicionar el proceso penal, entre otras razones, porque la tipificación, entre otros, de actos preparatorios como delitos consumados o de delitos de sospecha, tiende a revertir la carga de la prueba en el acusado, desde el inicio de dicho proceso. Bien es cierto que dicha Directiva europea, puede resultar, en líneas generales, más laxa que la legislación penal contraterrorista de algunos estados miembros. Pero tampoco puede obviarse que la UE está transitando por una senda no muy dispar a las *post 9/11 counter terrorism legislations*, ya emprendida por regulaciones penales ampliamente criticadas por su dureza¹⁹⁶ como, por ejemplo, han sido la normativa británica contenida en la *Terrorism Act 2006*.¹⁹⁷

Por lo que aquí interesa, conviene concluir resumiendo los rasgos de la legislación contraterrorista prevista en nuestro país en la Sección 2ª, Capítulo VII del Título XXII del Código penal. En primer lugar, a raíz de las últimas reformas penales (en especial las de LLOO 2/2015 y 1/2019), en la actualidad la legislación penal contraterrorista española es cuantitativamente más abundante y materialmente más severa, al nutrirse de delitos y penas procedentes de dos tendencias legislativas que, históricamente, han tratado de hacer frente a fenómenos terroristas de perfiles muy diversos: de un lado, las medidas penales dirigidas a afrontar el terrorismo de ETA y su entorno -pese a que esta organización ya comunicó en 2011 que cesaba "(...) definitivamente en la lucha armada"-; de otro, las últimas previsiones penales, más específicamente dirigidas a conjurar la amenaza global del terrorismo yihadista.¹⁹⁸ La actual legislación penal aúna aquellas dos normativas anti-terroristas de orígenes y fundamentos muy distintos, de modo que su conjunción ha contribuido al aumento de delitos, penas y otras medidas penales dirigidos a combatir la actividad terrorista. Todo ello ha configurado, en la actualidad, una legislación penal muy severa en cuanto a las penas a imponer por delitos terroristas, adelantando la intervención penal a múltiples conductas que, materialmente, serían *actos preparatorios* o de *complicidad* en delitos terroristas; si bien, formalmente, aquéllas se elevan a la categoría de delitos consumados, imputables a autores. En este sentido, en las últimas reformas, se previeron nuevos delitos tan criticables como el de auto-adoctrinamiento o enaltecimiento idóneo para crear un sentimiento

cuando el delito se haya cometido en el territorio de otro Estado miembro" (art. 19.1). En nuestro país -sin vincularse a la directiva 2017/541-, LO 13/2015, de 5 de octubre, modificó la LECRIM para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas.

¹⁹⁶ Vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., "Derechos fundamentales y legislación..." Op. cit., pp. 67-95.

¹⁹⁷ Vid. "Odio e incitación a la violencia en el contexto del terrorismo islamista. Internet como elemento ambiental" en *InDret* n° 4/2016, septiembre 2016, p. 25. Vid. SPENCER, J.R., "No thank you, we've already got one. Why EU anti-terrorist legislation has made little impact on the law of the UK" en *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?* (ed. F. Galli/A. Weyembergh), 2012, Brussels, pp. 117 y 118.

¹⁹⁸ Vid. GIL GIL, A., "La expansión de los delitos de terrorismo en España a través del delito de pertenencia a organización terrorista" en *Terrorismo y Derecho penal* (eds. AMBOS, K./MALARINO, E./STEINER, C.), Berlín, 2015, p. 334.

de inseguridad o temor social, o incluso ilícitos consistentes en “establecerse o trasladarse” a territorios extranjeros.

En segundo lugar, pese a que existen algunas divergencias entre las medidas contraterroristas de la Directiva europea y nuestra regulación penal, ésta ha convalidado *de facto*, la mayoría de delitos introducidos por LO 2/2015 de 30 de marzo, en nuestro Código penal, entre otros, el de adoctrinamiento, enaltecimiento y financiación terrorista. Asimismo, ninguno de ellos ha sido modificado o restringido a través de LO 1/2019. El único delito reformado ha sido el consistente en realizar viajes al extranjero, si bien, precisamente, la redacción del art. 575.3 CP es criticable, en cuanto que amplía el ámbito de lo punible. Por tanto, no se ha aprovechado esta reforma para especificar con la claridad que demanda el postulado de certeza, otros elementos de este delito (v.gr. la dirección y el sentido de los viajes – como hace la Directiva europea-). Es recomendable, *de lege ferenda*, introducir nuevos elementos típicos en este delito que permitan restringir la inseguridad jurídica que se deriva de la genérica referencia a territorios “extranjeros”.

En tercer lugar, hay que percatarse que el legislador penal español incluso fue más allá con la LO 2/2015, de lo que demandaba el legislador europeo, ante todo, al prever conductas como la humillación a las víctimas (art. 578.1 CP) y el llamado auto-adoctrinamiento (575.2 CP). Se plantea, por tanto, la cuestión de si es preciso realizar una reforma para derogar dichos preceptos y así conseguir una mayor armonización con la normativa europea. De hecho, como ha podido comprobarse en esta investigación, los tribunales españoles –en particular nuestro TS- están apelando a la Directiva 2017/541/UE como criterio interpretativo para restringir el ámbito de aplicación de delitos tan controvertidos como el de enaltecimiento de terrorismo conforme a la comprensión que se hace de un delito similar, en el art. 5 de la Directiva y en su Considerando 10. Por todo lo cual, pese a que en muchos aspectos la Directiva europea de 2017 manifiesta rasgos del llamado Derecho penal del enemigo, no llega a verificarlos con tanta intensidad con que lo hacen las legislaciones contraterroristas de algunos estados miembros, particularmente, la contenida en el Código penal español.

Pese a aquellas diferencias de intensidad, resulta evidente que la Directiva europea ha sido el detonante, bien para innovar en medidas que, en general, tienden a ampliar el ámbito de lo punible, bien para convalidar las ya introducidas por los estados miembros. Todo ello confirma el carácter de *vis expansiva* de esta legislación, en un contexto político favorable a ello, en tanto proclive al auge del populismo punitivo que apela a las emociones de las personas. En este marco resultan difícilmente rebatibles, ante la opinión pública, las medidas excepcionales penales en materia terrorista¹⁹⁹, pese a que, en la práctica, recortan el derecho a la libertad

¹⁹⁹ Vid. DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M., “Terrorismo: entre el derecho penal...” Op. cit., p. 1353

individual, pilar de nuestro Estado de Derecho²⁰⁰, sin atenerse a las garantías constitucionales que rigen para la delincuencia común. Ello evidencia, la creación sin tapujos de un Derecho penal de autor, que se orienta hacia el castigo de ciertas formas de vida y tiene en la figura del “terrorista” -o, por mejor decir, de cualquier persona sospechosa de serlo- el paradigma del “enemigo”, cuyo castigo, a modo de chivo expiatorio, parece justificar la quiebra de los derechos y libertades que, desde una concepción liberal, eran límites tradicionales al Derecho penal. Desde luego podrá razonablemente cuestionarse si el fenómeno del terrorismo justifica todo lo anterior, pero de lo que no cabe duda es de que una devaluación generalizada de aquellas garantías procesales y penales derivada de la perpetuación del Derecho penal de emergencia a la que asistimos en tiempos recientes, acabará afectándonos a la postre, a todos/as, y no solo a los que, teóricamente, parecen dirigirse.

Bibliografía

- ALONSO RIMO, A., “La criminalización de la preparación delictiva a través de la Parte Especial del Código penal. Especial referencia a los delitos de terrorismo”, en ALONSO/CUERDA/FERNÁNDEZ (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, 2018.
- ALONSO RIMO, A., “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación” *InDret 4/2017*, Barcelona, octubre de 2017
- ARIAS MALDONADO, M., *La democracia sentimental: política y emociones en el s. XXI*, Barcelona, 2016.pa
- ARTEAGA, F., “La defensa y la seguridad de la UE tras el Brexit” en *Revista Elcano*, nº 14, I Mayo-Junio, 2016
- BAR, A., “The UK, the EU and “Brexit” 1972-2017” en SOLANES CORELLA/GÓRRIZ ROYO (dirs.) *Legal Challenges of the XXI Century*, Valencia, 2017.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global”, en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Valencia, 2018.
- BORJA JIMÉNEZ, E., “Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización” en ALONSO/CUERDA/FERNÁNDEZ (dirs.) *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, 2018.
- CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo ¿Derecho penal del enemigo?”, en M. Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- CANCIO MELIÁ, M., “The reform of Spain’s antiterrorist criminal law and the 2008 Framework Decision” en *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?* (ed. F. Galli/A. Weyembergh), 2012, Brussels.
- CANO PAÑOS, M.A., “Odio e incitación a la violencia en el contexto del terrorismo islamista. Internet como elemento ambiental” en *InDret* nº 4/2016, septiembre 2016.

²⁰⁰ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./FLORES GIMÉNEZ, F., “Seguridad global...” Op. cit., p.65.

- CANO PAÑOS, M.A., “La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015: cinco cuestiones fundamentales”, en *Revista General de Derecho Penal, Iustel*, 2015, nº 23
- CANO PAÑOS, M.A.; CASTRO TOLEDO, F.J., “El camino hacia la (Ciber)Yihad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-15, 2018, pp. 1-36.
- CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 2008, Madrid,
- CARBONELL MATEU, J.C., “Prisión permanente revisable I” en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., 2ª ed., Valencia, 2015.
- CARBONELL MATEU, J.C., “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a la víctima “más allá de la provocación y la injuria”, *Liber Amicorum*. Valencia, 2018.
- CARRASCO ANDRINO, M.M., “Derechos fundamentales y legislación antiterrorista: ¿qué hemos perdido en el camino?” en REPC, vol. XXXIX (2019).
- CERDÁ GUZMÁN, C., “Los derechos fundamentales y la lucha contra el terrorismo: Francia bajo Estado de Emergencia” en *Revista de Derecho Constitucional europeo*, nº 27, 2017.
- CUERDA ARNAU, M.L., en “Terrorismo”, VIVES ANTON *et altri* (coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.) *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2016.
- CUERDA ARNAU, M.L., “La radicalización terrorista de menores y jóvenes vulnerables (una aproximación de urgencia)” en *Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red* (coord. Fernández Hernández; dir; M.L. Cuerda Arnau), Valencia, 2016.
- DEMETRIO CRESPO, E., “Derecho penal del enemigo y teoría del derecho” en *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, (dirs. Portilla Contreras/ Pérez Cepeda) Salamanca, 2016,
- DENNINGER, E., “Der Präventions-Staat”, *KJ*, 1988, n.21 (1).
- DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M., “Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional” en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Valencia, 2018.
- DOYLE, CH., “The Patriot Act: A Legal Analysis”, *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, The Library of Congress, US, abril 2002
- DONINI, M., “Diritto penales di lotta v. diritto penale del nemico” en *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Monduzzi, 2007.
- FARALDO CABANA, P., “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización* (coord. Faraldo Cabana/Puente Aba/Brandariz García), Valencia, 2004.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “Concepto de radicalización. Consecuencias de su uso en el ámbito jurídico penal” en *Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, (coord.. Fernández/Cuerda) Valencia, 2016.

- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “¿Nullum crimen sine lege? El impacto de la regulación punitiva de los delitos de terrorismo en la seguridad jurídica de los ciudadanos, en *Seguridad y Derechos*, Valencia, 2018.
- FIANDACA, G., “Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere” *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Monduzzi, 2007.
- GALLI, F./ WEYEMBERGH, A. (eds.), *EU counter terrorism offences. What impact on national legislation and case law?*, Editions de l’Université de Bruxelles, 2012.
- GARCÍA RIVAS, N., *Compendio de la Parte Especial del Derecho penal* (dir. Quintero Olivares), Cizur Menor, 2016.
- GARCÍA RIVAS, N., “Legislación penal española y delito de terrorismo” “Legislación penal española y delito de terrorismo” en *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal* (Portilla Contreras/Pérez Cepeda dirs.), Salamanca-*Ratio legis*, 2016.
- GIL GIL, A., “La expansión de los delitos de terrorismo en España a través del delito de pertenencia a organización terrorista” en *Terrorismo y Derecho penal* (eds. AMBOS, K./MALARINO, E./STEINER, C.), Berlín, 2015.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, C., “Enemy combatants versus Enemy Criminal law” *Buffalo Criminal law Review*, 2008
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, *Revista Penal*, enero 2007.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Contraterrorismo” en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Valencia, 2018
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Servicios de inteligencia y contraterrorismo” en *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal* (dirs. Portilla Contreras/Pérez Cepeda) Salamanca, 2016.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./FLORES GIMÉNEZ, F., “Seguridad global y derechos fundamentales. Una propuesta metodológica” en *Seguridad y Derechos*, Valencia, 2018.
- KOSTORIS, R., “Processo penales, delitto politico e “diritto penale del nemico” en *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Monduzzi, 2007.
- JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *El Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2006, 2º ed.
- LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985.
- LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Madrid, 2004
- LAMARCA PÉREZ, C., “La dimensión política del terrorismo” en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Valencia, 2018.
- MARRERO ROCHA, I., “Foreign fighters and jihadists: challenges for international and European security” en *Paix et Sécurité Internationales*, nº 3, janvier-déc. 2015
- MIRA BENAVENT, J., “Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas de terrorismo”

- en *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, (dirs. Portilla /Pérez Cepeda) Salamanca, 2016.
- MIRA BENAVENT, J., “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 *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, 2018.
- MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario” en MUÑOZ CONDE/LOSANO (coords.) *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, 2004.
- NAZZARO, U., *Il Diritto penale del nemico tra delitto di associazione politica e misure di contrasto al terrorismo internazionale*, Academia Pontaniana, 2016.
- NUÑEZ PAZ, M.A., “Reflexiones sobre la lucha contra el terrorismo” en *Liber Amicorum, Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr.h.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, Valencia, 2018.
- PÉREZ CEPEDA, A.I., “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal” en FARALDO CABANA (dir.)/PUENTE ABA, L./SOUTO GARCÍA, E.M., *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007.
- PORTILLA CONTRERAS, G., “La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el derecho penal y procesal penal del enemigo” en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Cancio Meliá, M./ Gómez-Jara Díaz (coords.), vol. 2, Madrid.
- RAMAJ, V.V./HOR, M./ROACH, K. “Introduction” en *Global anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, 2005
- REINARES, F./ GARCÍA-CALVO , C.. “Brexit, Terrorismo y Antiterrorismo”, en *Revista Elcano*, nº 14, I Mayo-Junio, 2016.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre” en *Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Valencia, 2015
- ROACH, K., “The Criminal law and terrorism” en *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, 2005.
- ROACH, K., “The 9/11 effect in comparative perspective: some thoughts on terrorism law in Canada, Spain and the United States” en REVENGA SÁNCHEZ, M., *Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Valencia, 2015.
- ROMERO, J., “Emocracias” en *Levante. El mercantil valenciano*, 11 de febrero de 2017.
- SERRA CRISTÓBAL, R./GÓRRIZ ROYO, E., “Contraterrorismo: plasmación legislativa reciente e impacto en las libertades y derechos fundamentales” en *Cuadernos de Estrategia 188. Seguridad Global y derechos fundamentales*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2017.
- SIMON, J., *Governing through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, 2007, Oxford-NY, pp. 259 y ss.
- SPENCER, J.R., “No thank you, we’ve already got one. Why EU anti-terrorist legislation has made little impact on the law of the UK” en *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?* (ed. F. Galli/A. Weyembergh), 2012, Brussels.

TERUEL LOZANO, G., “Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo” *InDret* 3/2018, Barcelona, julio 2018

TRAM ANH, N., en “La lucha antiterrorista de la Unión Europea y perspectivas para la cooperación UE-ASEAN”, p. 4 (www.fundacionalternativas.org)

ZAFFARONI, E.R., “El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento” en *Terrorismo y Estado de Derecho* (dirs. Serrano Piedecabras/Demetrio Crespo), Madrid, 2010.