



Revista

---

ISSN 2007-4700

# Perla

MÉXICO

Número 16-17

Marzo 2019 • febrero 2020



## Política criminal en tiempos del terrorismo yihadista. El inicio del derecho penal orwelliano



Carmen González Vaz

Universidad Complutense de Madrid

**RESUMEN:** La política criminal ha dado un giro de 180° desde los atentados del 11S. La nueva realidad en la que se encuentra la sociedad, la globalización y el terrorismo de corte yihadista han provocado que el panorama político-criminal y la calidad de los derechos fundamentales y las garantías procesales se haya reducido ante la demanda de seguridad. Orwell quizás tenía razón.

**PALABRAS CLAVE:** terrorismo, política criminal, derecho penal del enemigo, derecho penal de garantías, principios político-criminales.

**ABSTRACT:** The criminal policy has turned 180° since 11S. The new social situation, globalization and jihadist terrorism have led to a reduction in the quality of fundamental rights and procedural guarantees due to the demanded safety. Maybe Orwell was right.

**KEY WORDS:** terrorism, criminal policy, enemy criminal law, guarantee criminal law, political-criminal principles.

**SUMARIO:** 1. Introducción. El nuevo panorama político-criminal 2. La globalización y la sociedad del riesgo. Nuevo escenario social y criminal 3. El delito de autoadoctrinamiento terrorista (autocapacitación) del artículo 575.2 del cp como manifestación de la tendencia de la política criminal actual. 4. Conclusión. Orwell tenía razón. 5. Bibliografía.

Rec: 9-07-2019 | Fav: 19-07-2019

Cualquier sociedad que renuncie a un poco de libertad para ganar un poco de seguridad no merecerá ninguna de las dos cosas y perderá ambas.

B. FRANKLIN

## 1. Introducción. El nuevo panorama político-criminal

“No obstante, lo malo no eran las patrullas, sino la Policía del Pensamiento”,<sup>1</sup> advertía Orwell en su libro *1984*. En esta obra, el autor inglés imaginaba un mundo pseudo-apocalíptico en el que el Estado había asumido un poder sin límites, en el que tomaba total relevancia la llamada Policía del Pensamiento. Esta institución se encargaba de controlar que los miembros que integran la sociedad acataran las normas, lo que significaba que debían pensar cómo el Gran Hermano determinaba qué se podía hacer, de lo contrario, esta persona sería arrestada y, muy probablemente, eliminada.

Parecería que el mundo de *1984* sería una distopía creada por Orwell a modo de mundo artificial e inverosímil. Sin embargo, hoy en día podría llegar a considerarse una advertencia, una profecía.

Podría parecer un disparate argumentar que esto podría suceder, o que ya está sucediendo, cuando nuestro sistema penal se construye sobre un Estado de derecho y sobre las normas de un derecho penal del hecho. De acuerdo con el principio del hecho, al sujeto solo se le podrá castigar por la comisión de una conducta (ya sea acción u omisión) que produzca un cambio material en la realidad. No poseerá legitimidad, pues, el castigo de meros pensamientos o formas de ser propio de sistemas dictatoriales, en los cuales no se goza de ciertos derechos y libertades, entre los que se encuentra el derecho a la libertad de conciencia o a la libertad de expresión.

Sin embargo, la política criminal ha dado un cambio en su tendencia. Posiblemente, el punto de referencia se encuentre en los atentados del 11S, en el que llegaron a morir alrededor de 2 000 personas y dejó innumerables heridos.<sup>2</sup> Este suceso conmocionó a la

comunidad internacional, la cual condenó el ataque e inmediatamente comenzó a tomar medidas a nivel nacional e internacional para combatir este tipo de delincuencia.

La preocupación era fundada. La forma de comisión de los delitos había pasado, en muy poco tiempo, de realizarse en un territorio limitado<sup>3</sup> y contra bienes jurídicos concretos, a dirigirse a bienes jurídicos supraindividuales o abstractos a nivel global.<sup>4</sup> El modo en el que operaba el terrorismo también había mutado. En vez de estructurarse de forma centralizada, piramidal y en sentido vertical,<sup>5</sup> como se había venido presentando hasta finales del siglo pasado, el terrorismo de corte yihadista se configura sin una estructura definida,<sup>6</sup> funcionando por medio de células que apenas se conectan entre sí. Esto, sin duda, dificulta las operaciones de investigación y prueba en el proceso, ya que se mueven de manera opaca y silenciosa que, además, dificulta que sea posible establecer una relación entre los sujetos que integran una célula u otra y, consecuentemente, presentar prueba alguna que lo pueda sustentar.

Para mantener un mínimo de contacto y así poder planificar y desarrollar sus actividades, estos grupos terroristas se han aprovechado de las nuevas tecnologías. De este modo, organizaciones terroristas como el Dáesh<sup>7</sup> se han servido de la red virtual para llevar

<sup>3</sup> González Vaz, C., “El fenómeno terrorista y el derecho penal, ¿hacia un nuevo rumbo?”, en *Boletín Oficial del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 7, julio-septiembre de 2017, p. 689.

<sup>4</sup> Sánchez, V. / Yubero, B., “Influencia de las redes criminales de carácter transnacional en los conflictos”, en *Documento de Trabajo del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional*, 2016, p. 7.

<sup>5</sup> Terradillos Basoco, J.M., “Nuevas tendencias de organización criminal y movilidad geográfica. Aproximación geopolítica en clave e inteligencia criminal”, *Revista UNISCI/UNISCI Journal*, n. 41, 2016, p. 184.

<sup>6</sup> Terradillos Basoco, J.M., “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, n. 87, julio-diciembre 2016, p. 33.

<sup>7</sup> Cuando hacemos referencia al Dáesh, se quiere entender, en realidad, *Estado islámico*.

<sup>1</sup> Orwell, G., *1984*, Ed. Penguin Random House Grupo Editorial, España, Madrid, 2013, p. 2.

<sup>2</sup> *Vid.* “About the memorial”, en *9/11 memorial & museum*, disponible en el siguiente enlace web (última consulta: 28/06/2019, <https://www.911memorial.org/about-memorial>)

a cabo distintas funciones, que van desde su propia financiación hasta la difusión de su propaganda.<sup>8</sup>

A esto hay que añadirle que el Dáesh se ha proclamado como la organización terrorista más rica de todos los tiempos. De acuerdo con estudios de 2015, la organización terrorista se embolsaba dos millones de dólares por año.<sup>9</sup> Hablando de estas cifras no resulta difícil llegar a la conclusión de que cuentan con financiación suficiente para llevar a cabo ataques y

estrategias militares de gran envergadura y, por ende, más letales.<sup>10</sup>

Estas características forman el caldo de cultivo para hacer cundir el pánico entre la sociedad. Los medios de comunicación, lejos de ser un impedimento para este avance, se convierten en su propio oxígeno, como decía Margaret Thatcher.<sup>11</sup> Ya sea por la propaganda que el Dáesh publica a través de la red, o por el trato desmedido, irresponsable y sensacionalista que usan los medios de comunicación cuando ocurre un suceso de naturaleza terrorista, el miedo que se infunde a la sociedad es desmedido y desequilibrado con la real seguridad que existe en la calle (seguridad ciudadana).<sup>12</sup>

<sup>8</sup> De organizaciones terrorista como el Dáesh llama especialmente la atención el modo en el que radicaliza. Con las organizaciones terroristas del pasado no era un asunto relevante, pues para ingresar en la organización debías pertenecer al círculo de confianza, implicando además “la realización de aportaciones a la estructura de la organización consistentes en infracción criminal” (Vid. Cancio Meliá, M., “El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 12, 2010, p. 158). Sin embargo, la nueva dinámica terrorista ha cambiado en lo referente a la hora de captar adeptos. Por medio de internet, haciendo especial incidencia en las redes sociales, miembros del Dáesh intentan convencer a miles de potenciales “fanáticos”, para lo cual no es necesario siquiera que el sujeto tenga relación con el mundo islámico, sino que, extrañamente, se logra radicalizar a personas nacidas en territorio europeo, especialmente jóvenes, sin que prime ninguna circunstancia social, económica o académica. El único punto común sería encontrarse en una situación de vulnerabilidad.

No es de extrañar, entonces, que la mayor parte de los radicalizados se encuentre en el rango de entre los 14 a los 24 años, momento vital de mayor duda, confusión y, por lo tanto, vulnerabilidad. (Vid. Igualada Tolosa, C., “La radicalización yihadista en el entorno de las prisiones”, en *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 8, octubre-diciembre 2017, p.8). Tampoco resulta casual este espectro, ya que la mayor parte de la propaganda para la radicalización se lleva a cabo por medio de internet. De acuerdo con un estudio realizado por Global Web Index en 2014, el consumidor medio de internet y de redes sociales coincide con aquellas personas de edades comprendidas entre 16 y 34 años. Vid. Una muestra del estudio en el siguiente gráfico de Global Index Web (última visita: 28/06/2018, <https://www.smartinsights.com/wp-content/uploads/2014/04/Demographic-use-of-social-networks-age-and-gender.jpg>)

Dáesh, aprovechando esta circunstancia, ha centrado su canal de radicalización en internet y las redes sociales, lo cual se ha llegado a conocer como: yihad 2.0 o yihad global (Vid. Vives-Ferrández Sánchez, L., “(No) son sólo imágenes: iconoclasia y yihad 2.0”, en *Anuario del Departamento de Historia y Teoría del Arte*, vol. 27, 2015, p. 19). De hecho, cuenta con sus propias revistas online (*Dabiq* y *Rumiyah*), a través de las cuales relata sus victorias, recuerda a los “hermanos caídos” e instruye a los seguidores que decidieran atentar en nombre de la organización terrorista como un “lobo solitario”.

<sup>9</sup> Vid. “A global response is needed to eradicate the sources of financing that support criminals and terrorists”, says Francisco Martínez”, en *Acting Government, Palacio de la Moncloa*, disponible en el siguiente enlace (última visita: 23/06/2019 <https://www.lamoncloa.gob.es/lang/en/gobierno/news/Paginas/2015/20150203-francisco--mart-.aspx>)

<sup>10</sup> De hecho, es tal la importancia que se le atribuye desde distintos niveles que han surgido distintos instrumentos para su prevención y represión. A nivel universal, las Naciones Unidas redactan en 1999 el Convenio Internacional Represión de la Financiación del Terrorismo, así como también la Resolución 1373 de 2001. En ambos instrumentos se incluyen medidas para castigar la financiación del terrorismo, ya sea por medio de la tipificación de ciertas conductas o el fomento de la cooperación. Asimismo, no se puede olvidar la labor que desarrolla el GAFI en esta materia en concreto. Vid. Aust, A., “The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism”, en *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, 2001, p. 285 y ss.; Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), en el siguiente enlace (última visita: 01/07/2019 [https://www.iaaf.gov.co/asuntos\\_internacionales/organizaciones\\_internacionales/grupo\\_accion\\_financiera\\_7114](https://www.iaaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales/grupo_accion_financiera_7114))

En la misma línea se perfila la Unión Europea, que ha establecido un cuerpo legal para combatir la financiación del terrorismo, compuesto por una serie de directivas. Al mismo tiempo, ha creado las unidades de inteligencia financiera (Vid. Cancio Meliá, M., “El derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea”, en *Revista Electrónica de Derecho Penal e Criminal*, Vol. 2, n. 1, 2004, p. 3 y ss.). Por su parte, España, comprometida con la lucha antiterrorista, ha tipificado en el Código Penal dichas conductas, también ha creado la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Vid. NAVARRO CARDOSO, F., “Los delitos dolosos de financiación del terrorismo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20-01, 2018, pp. 3 y ss.; Real Decreto 948/2015 de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, párr. I.

<sup>11</sup> Estas palabras fueron exteriorizadas por la Primera Ministra de Reino Unido durante su discurso del 15 de julio de 1985: “And we must try to find ways to starve the terrorist and the daughter of the oxygen of publicity on which they depend. In our societies we do not believe in constraining the media, still less in censorship. But ought we not to ask the media to agree among themselves a voluntary code of conduct, a code under which they would not say or show anything which could assist the terrorists’ morale or their cause while the hijack lasted?”. Vid., Thatcher, M. 1985. “Speech to American Bar Association”. (Disponible en el siguiente enlace web, última visita 28/06/2019, <http://www.margarethatcher.org/document/106096>)

<sup>12</sup> España se sitúa entre los Estados europeos con menos criminalidad, no llegando a alcanzar los 300 homicidios de media en territorio de la Unión Europea, fijándose el número en un total

Por desgracia, esto no es novedoso. Ya Beck<sup>13</sup> señaló este fenómeno de exagerada sensación de inseguridad cuando hace referencia a la *sociedad del riesgo*. No es que el mundo sea hoy en día más peligroso que antes, sino que, gracias a la globalización, las nuevas tecnologías y el buen nivel de vida en general, han aparecido nuevos tipos delictivos, distintas maneras de cometer los antiguos y una rápida red de información con la que es posible que la sociedad esté al corriente en todo momento de las últimas noticias.

## 2. La globalización y la sociedad del riesgo. Nuevo escenario social y criminal

Para referirnos al mundo actual es necesario hablar en clave global, internacional. Actualmente las nuevas tecnologías han traído al ser humano una serie de beneficios que han aumentado la calidad de vida. Desgraciadamente, junto a estos avances tecnológicos (medios de transporte de alta velocidad, comunicaciones inmediatas y a distancia e información a tiempo real) han aparecido nuevos focos de riesgo como consecuencia de esta globalización.

Las grandes virtudes de la globalización y de las nuevas tecnologías han sido utilizadas también a la hora de cometer crímenes. Como ya se menciono, han aparecido nuevos delitos o nuevas formas de cometer delitos existentes.<sup>14</sup> La característica que más relevancia ha tenido ha sido, sin duda alguna, la llamada *transnacionalización del crimen*, también conocido

de 289 homicidios dolosos y asesinatos consumados en 2018, con 18 casos menos que el año anterior. *Vid.* “Infracciones penales registradas en CCAAs, provincias, islas, capitales y localidades con población superior a 30.000 habitantes”, en Secretaría de Estado de Seguridad, disponible en el siguiente enlace web (Última consulta: 28/06/2019 <http://www.interior.gob.es/documents/10180/8736571/informe+balance+2018+4%20trimestre.pdf/fb51653e-77f5-44da-9d23-535dbf4b2edd>)

Hay que tener en cuenta que el bien jurídico *seguridad nacional* se explica desde dos vertientes: la vertiente objetiva o “el riesgo real de la calle”, por un lado, y la vertiente subjetiva que podría identificarse con “la sensación de seguridad que experimentan los miembros de la sociedad en un momento concreto”. Por lo tanto, aunque nos encontremos en el momento más seguro de la historia, el sentimiento de inseguridad se encuentra generalizado entre la población, fenómeno al que se dará explicación en las siguientes páginas. *Vid.* Faraldó Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 222 y ss.

<sup>13</sup> Cifr. Beck, U., *La sociedad del riesgo hacia. Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.

<sup>14</sup> Borja Jiménez, E. “Globalización y concepciones de Derecho Penal”, en *Revista Estudios penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2018, pp. 183 y 184.

como *crimen transnacional*.<sup>15</sup> Llevando esto al ejemplo del terrorismo, el terrorismo del pasado se caracterizaba por operar en un territorio específico, dentro de unos límites establecidos. Hoy en día, los grupos terroristas como Al-Qaeda y el Dáesh han ampliado sus ambiciones y, con ellas, sus fronteras. Ya no se conforman con un lugar acotado, sino que el mundo entero se ha convertido en el escenario para desarrollar sus actividades terroristas. Desde 2001, los ataques se han propagado por todo el planeta: Estados Unidos, España, Francia, Alemania, Reino Unido, Siria, e Irak, entre otros. Es la primera vez que una misma organización terrorista decide actuar en distintas partes del mundo, contra objetivos que poco tienen en común, pues los atentados se han producido tanto en territorio occidental como oriental, contra cristianos o incluso musulmanes, son estos ataques indiscriminados.

Este nuevo *modus operandi*, a su vez, plantea numerosos problemas a la hora de desarrollar la investigación criminal y el posterior enjuiciamiento, puesto que los crímenes, incluso, se pueden cometer a distancia o el sujeto puede escapar en cuestión de poco tiempo a otro territorio huyendo, de este modo, del poder del Estado. Todo esto produce en la sociedad una gran sensación de impunidad<sup>16</sup> que acentúa la inseguridad y la pérdida de confianza en los poderes estatales.

Así, y como decía antes, la idea de que nadie se encuentra libre de convertirse en víctima de un terrorismo alimenta la sensación de riesgo, a la sociedad del riesgo.<sup>17</sup> Parte de esta culpa reside en los medios de comunicación, que cuentan con la complicidad de ciertos sectores de los poderes públicos. Como también se comentó más arriba, los medios de comunicación han encontrado en los sucesos terroristas una gran fuente de beneficios. Por medio del miedo y, en

<sup>15</sup> Sánchez, V. y Yubero, B., “Influencia de las redes criminales...”, *op. cit.*, p. 7.

<sup>16</sup> Silva Sánchez, J.M., “¿Nullum Crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, n. 86-87, 2008, pp. 150-156.

<sup>17</sup> Así, explica Beck cómo la histeria se ha apoderado de los miembros de la sociedad que, hoy en día, son más conscientes de los riesgos que nos rodean y que conviven con el miedo constante de poder convertirse en víctimas de un delito. No obstante, que pueda ser posible no quiere decir que pueda ser probable. *Vid.* Beck, U., “Retorno a la teoría de la Sociedad del Riesgo”, en *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, n. 30, 2000, p. 14.

ocasiones, del morbo<sup>18</sup> que suscitan estos casos, los medios de comunicación explotan esta información no con el fin de mantener al tanto a la población, sino para conseguir altos índices de audiencia,<sup>19</sup> lo que se traduciría en un gran beneficio económico.

Este es el detonante esencial e imprescindible para que la población, movida por el pavor de la *situación de riesgo* en la que se encuentra, exija a los poderes públicos, dirigidos especialmente al poder político, que solucionen dicho problema.<sup>20</sup> El sector político, sin embargo, sin adoptar una conducta responsable, atiende a estas demandas, aunque, eso sí, no de forma acertada. A pesar de que lo correcto podría ser la inversión en políticas sociales y de educación, lo cierto es que le resulta más sencillo (y económico) reformar el Código Penal (CP),<sup>21</sup> lo cual, además, produce una sensación de alivio entre los miembros de la sociedad. Este *populismo punitivo*<sup>22</sup> es el principal responsable de las últimas reformas al Código Penal —entre las que destaca la reforma de 2015—, que crean un derecho penal cada vez más duro, abstracto e inútil, que incluso no guarda respeto a derechos fundamentales y garantías procesales.

Todas estas circunstancias dan lugar, a su vez, a una serie de consecuencias que repercuten en la calidad del Estado de derecho, y todas ellas se pueden observar en el delito de autoadoctrinamiento terroris-

ta (art. 575.2 CP) introducido por la Ley Orgánica (LO) 2/2015, del 30 de marzo.

### 3. El delito de autoadoctrinamiento terrorista (autocapacitación) del artículo 575.2 CP como manifestación de la tendencia de la política criminal actual

Una de las características más importantes (y eficaces) del terrorismo del Dáesh es la captación y radicalización a distancia. El Dáesh cuenta con numerosos recursos en la web, así como perfiles cibernéticos en las redes sociales más destacables. El proceso no solo es rápido, sino que resulta bastante eficaz, puesto que, de acuerdo con Naciones Unidas, un total de 40 000 personas<sup>23</sup> han viajado a territorio controlado por el Dáesh para enrolarse a sus filas.

Esta preocupación ya se ha expresado en distintas sedes a nivel internacional y nacional, lo cual ha generado, a su vez, la elaboración de normas al respecto con el fin de prevenir y reprimir este fenómeno que cada día crece de un modo más alarmante. Un ejemplo de esto lo encontramos en el legislador penal. Con la reforma operada por la LO 2/2015, del 30 de marzo, por la que se introduce el nuevo delito conocido como autoadoctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP). De acuerdo con la literalidad del tipo delictivo:

Con la misma pena (de dos a cinco años) se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior (reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones).

Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o

<sup>18</sup> Pascual Matellán, L., “La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un derecho penal deshumanizado”, en *CLIVATGE. Estudis i testimonis sobre el conflicte i el canvi socials*, n. 3, 2015, p. 60.

<sup>19</sup> De acuerdo con Callegari: “con esto, los medios de comunicación masiva promueven, en decurrencia de intereses meramente mercadológicos, un falseamiento de los datos de la realidad social, generando enorme alarde al vender el “crimen” como un producto rentable, lo que redundará en el aumento del clamor popular por el recrudecimiento de la intervención punitiva...”. *Vid.* Callegari, A.L., “Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n. 91, julio-diciembre de 2010, p. 18.

<sup>20</sup> Mir Puig, S. “Contexto Internacional y español de la contrarreforma del Derecho Penal español”, en Mir Puig, S. (Dir.), Corcoy Bidasolo, M. (Dir.) y Gómez Martín, V. (Coord.), *Política criminal y reforma penal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2007, p. 23.

<sup>21</sup> García Arán, M. y Peres Neto, L., “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal español entre los años 2000-2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n°1, 2009, p. 284 (Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenal yCriminologia-2009-1-30320/PDF>)

<sup>22</sup> Marquès I Banqué, M., “Problemas de legitimación del Derecho penal del miedo”, en *Revista Política Criminal*, Vol. 12, N. 24, diciembre 2017, p. 718.

<sup>23</sup> De acuerdo con la ONU, hasta 2017, alrededor de 40 000 personas viajaron a territorio controlado por Dáesh. *Vid.* “Greater Cooperation Needed to Tackle Danger Posed by Returning Foreign Fighters, Head of Counter-Terrorism Office Tells Security Council”, en *Meetings Coverage and Press Releases*. Disponible en el siguiente enlace (última visita: 27/06/2019, <https://www.un.org/press/en/2017/sc13097.doc.htm>)

## Política criminal en tiempos del terrorismo yihadista. El inicio del derecho penal orwelliano

contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.<sup>24</sup>

Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

Una simple lectura superficial ya crea confusión; sin embargo, un estudio exhaustivo tampoco mejora la situación. No son pocos los elementos que no transmiten claridad, pero llama especialmente la atención las expresiones: “cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”. La expresión genera dudas, ya que el uso reiterado de fórmulas demasiado generales e indeterminadas no garantiza que la norma sea comprendida por sus receptores, esto es, los sujetos. No es sencillo discernir a qué quiere referirse concretamente el legislador y, por ende, se traduce en la imposibilidad de que el sujeto pueda adecuar su conducta a la norma. En palabras de López Oñate:

La exigencia de la certeza de la norma, esto es, de la ley, y consiguientemente a través de ella de la certeza del derecho, se ha sentido siempre como indispensable para la convivencia social ordenada [...] [la certeza] está basada en la seguridad que de ella se sigue para el individuo.<sup>25/26</sup>

<sup>24</sup> Art. 575.2, del Código Penal español.

<sup>25</sup> López De Oñate, F., *La certeza del derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-américa, Buenos Aires, 1953, pp. 98 y ss.

<sup>26</sup> Autores como Corsale van incluso más allá al afirmar que “la función del Derecho es justamente el de aportar certeza a las acciones: no tiene sentido, por lo tanto, hablar de Derecho prescindiendo de la certeza”, y continúa añadiendo que “los miembros de una comunidad organizada de un ordenamiento jurídico deben estar seguros del hecho que, en cualquier momento pueda surgir una contestación acerca de sus propios derechos, la cual vendrá resuelta en la manera más próxima al común sentimiento de justicia”. Vid. Corsale, M., *La certezza del diritto*, Ed. Giuffrè, Milano, 1970, pp. 15 y 31.

El principio de taxatividad, al igual que el mandato de certeza, se ve aquí afectado, poniendo en riesgo incluso el principio de separación de poderes. Al usar conceptos jurídicos indeterminados o bastante amplios el legislador deja a la libre interpretación del juez el establecimiento de su contenido. De este modo, ya no sería el legislador (Poder Legislativo) el que elaboraría las normas, sino que “cedería” esta función propia al juez (Poder Judicial), difuminando los límites de la frontera entre los poderes estatales.<sup>27</sup>

Esta indeterminación también afecta a la naturaleza del bien jurídico. Tradicionalmente, los bienes jurídicos penalmente relevantes consistían en bienes jurídicos individuales y concretos, como pueden ser el honor, la vida, la integridad física y la dignidad, por nombrar algunos. Empero, con la llegada de la sociedad del riesgo y la globalización, ahora existe la necesidad de proteger otros bienes jurídicos. Estos bienes jurídicos se caracterizan por su carácter abstracto y, además, por pertenecer a una colectividad: bienes jurídicos colectivos.<sup>28</sup> Este tipo de bien jurídico carece de “sustrato físico” y no se corresponde con un individuo concretamente, sino que se refiere a “la no perturbación de unas condiciones o estándares de convivencia, dados por unas normas organizativas de manera que de ser incumplidas hay lugar a una respuesta punitiva”.<sup>29</sup> Esto, como bien apunta Hassemmer,<sup>30</sup> provoca la necesidad de crear tipos penales de peligro abstracto y, por lo tanto, lejano a la lesión y puesta en riesgo del bien jurídico, como es

<sup>27</sup> Tal y como ilustra Palazzo, “el principio de determinación (mandato de certeza) es un límite al juez, el cual no podrá extralimitarse en sus funciones, ya que tendrá que allanarse a la literalidad de la Ley, llevando a cabo una interpretación restrictiva del precepto cuando se traten de normas incriminatorias y en sentido amplio cuando sean normas exculpatorias” Vid. Palazzo, F. C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Ed. Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1979, p. 299.

Sin embargo, si se trata de normas abstractas y amplias, con elementos indeterminados, se amplía el poder del juez, comprometiendo el principio de legalidad y determinación, así como el principio de separación de poderes. Vid. Moccia, S., *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, p. 113.

<sup>28</sup> Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 194 y ss.

<sup>29</sup> Jiménez Mejía, D., “La crisis de la noción material de bien jurídico en el derecho penal del riesgo”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 82, enero-junio 2014, Universidad EAFIT, p. 136.

<sup>30</sup> Hassemmer, W. y Muñoz Conde, F., *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanc, 1989, p. 279.

el caso del delito de autoadoctrinamiento terrorista. El bien jurídico que se viene a proteger en los delitos de terrorismo, al menos de forma general, es la seguridad ciudadana,<sup>31</sup> bien jurídico colectivo o supraindividual.

Es cierto que un ataque terrorista como lo fue el del 11M sí provocaría una lesión de la seguridad ciudadana, la cual se definiría como “el conjunto de reglas mínimas y esenciales para la convivencia armónica de la comunidad”.<sup>32/33</sup> Sin embargo, en el caso del acceso habitual a ciertas páginas webs de contenido terrorista o la posesión de contenido de la misma naturaleza con el fin de capacitarse para finalmente cometer delitos de terrorismo, no estaría claro si de verdad se produciría la puesta en riesgo del bien jurídico *seguridad ciudadana*. En realidad, se trata de un adelantamiento de las barreras de punibilidad<sup>34</sup> que, aun así, no pretende proteger al bien jurídico, sino que trata de dar tranquilidad a la población, cerrándose así el círculo del populismo punitivo. Este fenómeno, además conocido como *derecho penal simbólico*, es por el que se da prioridad a las funciones *latentes*<sup>35</sup> frente a las funciones *principales* de la protección del bien jurídico.

Tal adelantamiento de las barreras de punibilidad supone, a su vez, retrotraer la posición del momento punitivo al *iter criminis* que roza la fase del pensa-

miento. En efecto, el mero acceso o posesión para la capacitación terrorista apenas podría encajar como conducta, identificándose más con la formación de la cosmovisión. No se trata de una novedad, sino que esto ya ocurría con el delito de posesión de pornografía infantil, regulado en el artículo 189.5 del CP. El tenor literal del artículo 189.5 del CP determina que:

el que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

Por lo que la conducta que se castigará será la mera posesión, como la segunda modalidad de comisión del artículo 575.2 del CP. Debido a que no existen aún estudios ni jurisprudencia sobre cómo se interpretará, es necesario recurrir a delitos similares para poder comprender su dimensión y este precepto será el delito de posesión de pornografía infantil del artículo 189.4 del CP.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, se entenderá por *posesión* en el ámbito de pornografía infantil cuando “la información queda almacenada en el disco duro del principio en otro soporte o medio permanente de conservación de los datos, situado en el ámbito o esfera de disposición del sujeto”.<sup>36</sup> De esta manera, no bastará con la visualización *streaming*, sino que el sujeto deberá descargar propiamente dicho material para que pueda haber una disponibilidad de dicho material por parte del sujeto.<sup>37</sup> Por otra parte, el acceso a sitios web sí que se correspondería con el visionado *streaming*, pues el sujeto necesitará una conexión a

<sup>31</sup> A esta doctrina pertenecen Faraldo Cabana, Roma Valdés. Vid., Faraldo Cabana, P., *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pp. 205 y ss.; Roma Valdés, A., *Código Penal Comentado*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 797.

<sup>32</sup> Sainz Moreno, F., “Orden público económico y restricciones de la competencia”, en *Revista de Administración Pública*, n. 84, 1977, p. 604.

<sup>33</sup> Hay que tener en cuenta que la *seguridad ciudadana* se encuentra constituida por dos vertientes: una objetiva y otra subjetiva. En primer lugar, la vertiente objetiva viene a hacer referencia a “situación real que propicia las condiciones necesarias de tranquilidad y estabilidad para el ejercicio de los derechos de la persona” (Vid. Jiménez Díaz, M.J., *Seguridad ciudadana y Derecho Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 22); mientras que la seguridad ciudadana subjetiva equivale a aquel “estado o situación, una condición de protección frente a situaciones de peligro para la persona o sus bienes, generalmente causada por otras personas” (Vid. Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., p. 222). Actualmente, estas vertientes no se encuentran en equilibrio ya que, aunque no exista un riesgo desmedido, la sensación de seguridad en la sociedad no lo refleja, por lo que los individuos interpretan que están rodeados de peligros y, por ende, inseguros.

<sup>34</sup> Fuentes Osorio, J.L., “Formas de anticipación de la tutela penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2006, p. 2.

<sup>35</sup> Muñoz Conde, F., “¿Es el derecho penal internacional un ‘derecho penal del enemigo’?”, en *Revista Penal*, n. 21, 2008, pp. 101 y ss.

<sup>36</sup> Esquinas Valverde, P., “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación”, en *Revista UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 18 (2006), p. 209.

<sup>37</sup> Existe una doctrina minoritaria en Alemania que entiende que bastaría con la mera visualización para que se diera la “posesión” (Vid. Esquinas Valverde, P., “El tipo de mera posesión...”, op. cit., pp. 210-212).

La posesión mediata no encajaría en este tipo delictivo a la hora de interpretar la “posesión”, ya que lo verdaderamente importante de la posesión se centra en la disponibilidad de la que disfruta el sujeto para poder acceder a ese contenido aún sin tener a disposición una conexión a internet. De hecho, así se ha visto reflejado en la (escasa) jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS). De acuerdo con la Sentencia del TS 734/2017, del 15 de noviembre, el TS consideró que se había producido la posesión al encontrar contenido de naturaleza terrorista en su dispositivo móvil.

internet para ingresar en estas páginas y además consumir su contenido.

Como se puede advertir, la línea entre la fase interna y la fase de ejecución, o incluso los actos preparatorios punibles, es muy difusa en este caso. Teniendo en cuenta estas definiciones a la hora de determinar si tanto el acceso como la posesión en el delito de autoadoctrinamiento terrorista podrían encajar en el concepto de *acción*, no sería posible determinarlo con exactitud.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, a la que pertenecen Mir Puig y Muñoz Conde,<sup>38</sup> “el concepto de ‘acción’ o ‘comportamiento’ que importa al derecho penal no puede obtenerse de la sola contemplación de la realidad de los hechos humanos [...] sino que depende también de las exigencias del derecho penal”;<sup>39</sup> es decir, que tendrá que ajustarse a las garantías jurídico-procesales y que “pueden contemplarse en cuanto constituyan acciones finales (dirigidas voluntariamente a una meta) o en cuanto causen una modificación en el mundo exterior”.<sup>40</sup>

Si volvemos a la conducta típica del artículo 575.2 del CP, tanto la posesión como el acceso carecen de entidad suficiente como para considerar *acción* de acuerdo con la concepción mayoritaria. En primer lugar, no respetaría los principios básicos de lesividad y *ultima ratio*, por lo que no atendería al respeto de las “exigencias del derecho penal”;<sup>41</sup> y, en segundo lugar, no habrían creado una modificación en el mundo exterior, por lo que en ninguna circunstancia se podría entender esta conducta dentro del concepto de *acción* relevante para el derecho penal.

De esta manera, solo cabría determinar que esta conducta en realidad pertenecería a la fase interna del *iter criminis*. Si esto fuera así, se estaría a su vez infringiendo el principio del hecho, ya que el pensamiento no delinque.<sup>42</sup> Y es que cada uno tiene derecho a tener su propia conciencia (artículo 16 de la Constitución española), aunque esta sea desaprobada por

la generalidad de la población, pues la disparidad de opiniones y pensamientos constituye la base de cualquier Estado de derecho que se precie.

De hecho, si se estudia el derecho fundamental a la libertad de conciencia, pensamiento y religión, se podrá advertir que el derecho a la libertad de conciencia dispone de dos vertientes: una interna y otra externa. Mientras que la externa se traduciría como la exteriorización del pensamiento y, por tanto, coincide con el derecho a la libertad de opinión,<sup>43</sup> la vertiente interna es ilimitada. Esto quiere decir que la libertad de conciencia “protege una ilimitada e incoercible libertad de elección en el ámbito de las creencias personales, lo que conlleva la imposibilidad de someter esta faceta del derecho a restricciones de ninguna índole”,<sup>44</sup> es decir, que el pensamiento no puede ser objeto de intromisión por el *ius puniendi* estatal. Ya la doctrina ha sido muy crítica: el Estado no puede entrar a decidir qué contenidos consume o no el individuo para formar su pensamiento y personalidad, no puede castigar qué se odia<sup>45</sup> o qué se debe pensar.<sup>46</sup> De hecho, en el caso del delito de autoadoctrinamiento terrorista, el mismo TS, en la sentencia anteriormente destacada (STS 354/2017, de 17 de mayo. Ponente: Andrés Palomo del Arco), advierte que “es *necesaria la interpretación restrictiva* de estas conductas típicas para posibilitar su subsistencia *sin quebranto del derecho a la libertad ideológica* y del derecho a la *información*”<sup>47</sup> (FJ 2º).

<sup>43</sup> De hecho, el Estado tiene el deber de cumplir la función de garante en cuanto a este derecho o, lo que es lo mismo, el Estado en ningún momento podrá interferir en el derecho a la libertad de conciencia, ideología y religión; es más, deberá, además, protegerla de la intromisión de terceros. *Vid.* González Moreno, B., “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, n. 66, sept.-dic. 2002, p. 125-126.

<sup>44</sup> Valero Heredia, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013., p. 65.

<sup>45</sup> STS 95/2018, de 26 de febrero de 2018 (caso Cassandra): “el Derecho Penal *no* puede *prohibir* el odio, *no* puede *castigar* al ciudadano que *odia*” (énfasis añadido).

<sup>46</sup> Merece la pena destacar el caso *Stanley vs. Georgia* del Tribunal Superior de Estados Unidos. En la misma, se sienta un precedente de gran importancia, argumentando la Sala que el castigo de la mera posesión de pornografía infantil iría en contra de los derechos fundamentales más esenciales del Estado de derecho, como puede ser el derecho a la libertad de pensamiento, ya que “si tal Derecho constitucional significa algo, es que no es asunto del Estado decirle a una persona sentada sola en su propia casa, qué libros debía leer o qué películas debe ver”.

<sup>47</sup> Énfasis añadido.

<sup>38</sup> Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 216 y ss.

<sup>39</sup> Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, 10ª edición, Ed. Reppertor, 2016, p. 194.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>42</sup> Tal y como expresa acertadamente Cancio Meliá, “ha de excluirse toda responsabilidad por meros pensamientos”. *Vid.* Cancio Meliá, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en Cancio Meliá, M., *Estudios de derecho penal*, Ed. Palestra, Lima, 2010, p. 337.

Y, es más, no es legítimo prohibir ciertas conductas o castigarlas con el pretexto de facilitar la investigación y sanción de conductas que se le asemejan y que, sobre todo, resultan complicadas de probar sin sacrificar la cobertura de ciertos derechos y garantías jurídico procesales.<sup>48</sup> El Estado no está legitimado para entrometerse en ciertas parcelas de la esfera privada y personal de las personas, como puede ser en sus preferencias sexuales o su orientación ideológica, por muy desaprobada que sea esta entre la sociedad.<sup>49</sup> No se puede permitir el secuestro del Estado de derecho en favor de una investigación policial más efectiva, ya que flexibilizaría las garantías y daría banda ancha a la hora de que el *ius puniendi* invadiera los límites y pusiera en riesgo el derecho penal de garantías.

La exclusiva punición de hechos y no pensamientos o formas de personalidad es una de las grandes victorias a favor del Estado de derecho, limitando el *ius puniendi* del Estado a la hora de entrometerse en la esfera privada de los individuos.<sup>50</sup> Sin embargo, con el precepto del artículo 575.2 del CP, el principio del hecho se ve infringido. Y es que acceder o poseer documentos de contenido terrorista no podría considerarse en sí una acción, al menos desde un punto de vista estrictamente penal. En realidad, el sujeto tan solo está consultando información, actividad necesaria —contenida en un derecho fundamental— para poder conformar una cosmovisión y desarrollar así su propia personalidad. Precisamente, en primer lugar, por configurarse la libertad de pensamiento como un derecho fundamental y, en segundo lugar, por las di-

ficultades de probar el pensamiento de un sujeto, la fase interna del *iter criminis* a la que pertenecen los pensamientos y las formas de la personalidad permanece fuera del alcance del poder punitivo del Estado.<sup>51</sup>

Pero es que ni siquiera se pueden llegar a clasificar las conductas del delito de autoadoctrinamiento terrorista con los actos preparatorios punibles llegando a calificarlos el propio Tribunal Supremo español como “actos protopreparatorios”.<sup>52</sup> Este adelantamiento de las barreras de punibilidad es un síntoma más del avanzado estado del derecho penal de autor y, por ende, un derecho penal del enemigo en el sistema penal actual. Es necesario recordar que, bajo los parámetros de un derecho penal garantista, en concordancia con el Estado de derecho, el pensamiento no puede ser penado, sino que la maquinaria penal pone su foco en los hechos. En resumen, se adelanta la barrera de punibilidad a unos estratos más alejados que los propios actos preparatorios punibles. El sujeto no ha siquiera propuesto, conspirado o provocado con su conducta. Lo que a la vez contradice el principio de *ultima ratio* del derecho penal.

El sujeto no ha iniciado la conducta aún, solo está revisando contenidos en Internet. Se trata de un adelantamiento de la barrera de punibilidad sin que llegue a ser siquiera un acto preparatorio punible, rayando así en el principio de *ultima ratio* del derecho penal.

La idea del sujeto no es más que eso: una idea que aún se encuentra en la fase interna, la cual no tiene relevancia para el derecho penal de garantías. Solamente cuando comience con el procedimiento y se pase a la fase externa, podrá ser reprochado por el derecho

<sup>48</sup> Esquinas Valverde, P., “El tipo de mera posesión...”, *op. cit.*, p. 179. De hecho, ya lo señala Parra González cuando advierte que “no se puede justificar su restricción con base en la necesidad de facilitar la aplicación de otras normas jurídico-criminales por válidas y legales que estas sean”. Vid Parra González, A.V., *La pornografía infantil en la red. Especial referencia a la posesión simple* (tesis doctoral), 2011, p. 313. Disponible en el siguiente enlace (Última visita: 01/07/2019, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=42607>)

<sup>49</sup> De acuerdo con Jakobs cuando esboza las características del “enemigo”, este (el enemigo) “es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se le combate por su peligrosidad”, por lo que no se le castigará por sus hechos, sino por sus pensamientos o formas de ser que, no coincidiendo con la generalidad de la sociedad, podrían poner en riesgo las concepciones mayoritarias entre la gran mayoría. Vid. Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” Trad: CANCIO MELIÁ, Manuel, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Navarra, 2006, p. 43.

<sup>50</sup> Vid. Mir Puig, S., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 136; Villavicencio Terreros, F. A., *Derecho penal. Parte general*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, p. 10.

<sup>51</sup> En palabras de Martín Sánchez, la vertiente interna del derecho a la libertad de conciencia “protege una ilimitada e incoercible libertad de elección en el ámbito de las creencias personales, lo que conlleva la imposibilidad de someter esta faceta del derecho a restricciones de ninguna índole. Las principales consecuencias jurídicas que de ello se derivan para el Estado sintetizarse en: a) la prohibición de los poderes públicos de invadir la esfera afectable de la interioridad individual, mediante la pretensión de influir en la toma de decisiones sobre una materia de exclusiva competencia personal; b) El deber del Estado de actuar como garante de la dimensión interna del derecho frente a las injerencias procedentes de terceros”. Vid. Martín Sánchez, I., “El modelo actual de relación entre el Estado y el factor religioso en España”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 16, 2008, p. 65.

<sup>52</sup> STS 354/2017, de 17 de mayo (TOL6.100.431; Ponente: Andrés Palomo del Arco): “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”.

penal. Pero tal y como hemos dicho antes, no se trata siquiera de actos preparatorios punibles.

¿Estamos entonces evolucionando o, mejor dicho, involucionando a un derecho penal de autor? ¿Es este un derecho penal del enemigo? ¿Estamos ya aceptando los bienes jurídicos simbólicos y el adelantamiento del derecho penal? ¿Estamos al mismo tiempo consintiendo la expansión del derecho penal y su administrativización?

Desde luego, lo que sí es seguro es que la tendencia actual de la política criminal esta virando hacia un derecho penal con un fuerte carácter policial, con rasgos más cercanos al derecho penal de autor. Y es que, si se acepta que las conductas de acceso y posesión no forman parte de la fase ejecutoria, pero tampoco se pueden interpretar como un acto preparatorio punible, solo queda deducir que en realidad nunca se ha pasado más allá de los márgenes de la fase interna.

Afirmando esta premisa, se puede decir que el delito de autoadoctrinamiento terrorista del artículo 575.2 del CP inaugura una política criminal contradictoria a la par que peligrosa. Castigar el pensamiento o la forma de ser rompe con los cimientos del Estado de derecho más básico y esencial. En un ambiente donde se castiga el pensamiento contrario al aceptado por la mayoría, se coarta la más esencial de las libertades, y el Estado se transforma en uno represivo, monista, en el que no cabe la pluralidad de opiniones y, por lo tanto, en un Estado totalitario.

#### 4. Conclusión. Orwell tenía razón

A la luz de este breve estudio se ha dejado patente que en realidad el universo que Orwell describía en su obra *1984* no parece muy lejano, menos aún si se tiene en cuenta la introducción del delito de autoadoctrinamiento terrorista (art. 575.2, CP) por la LO 2/2015. De hecho, ya algunos autores, como Cuerda Arnau y Terradillos Basoco, han llegado a referirse a este delito como “orwelliano crimen de adoctrinamiento”.<sup>53</sup>

Como se ha determinado en este breve estudio, se trata de un delito que arremete contra todos y cada

uno de los principios político-criminales que forman el derecho penal garantista, así como también infringe derechos fundamentales esenciales, como puede ser el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión (art. 16, Constitución española). La conducta del artículo 575.2 del CP, bajo el estandarte de la protección de la seguridad ciudadana, configura un derecho penal simbólico. Si bien en realidad no se pretende principalmente defender la seguridad ciudadana, sino que más bien el objetivo principal se fija en aportar una sensación de tranquilidad a la población (y así estabilizar la vertiente subjetiva de la seguridad ciudadana), se han adelantado demasiado las barreras de punibilidad.

Como consecuencia de esta “lejanía” de la lesión o la puesta en riesgo del bien jurídico, infringiéndose a su vez el principio de lesividad del derecho penal de garantías, el legislador no dispone de otra alternativa que la de usar estructuras legislativas demasiado vagas e indeterminadas, lo cual produce, principalmente, dos problemas.

Por una parte, al receptor (al individuo) no le llega esta información de manera clara y nítida, siendo difícil, y en muchas ocasiones casi imposible, adaptar su conducta a la legalidad. Si no se tiene claro qué conductas están castigadas, no se podrá tener claro cuáles están permitidas, por lo que se produce la quiebra del principio de seguridad jurídica y una cierta inestabilidad entre la legalidad y la realidad.

Por otra parte, las líneas limítrofes entre las funciones y deberes de los poderes públicos quedan difuminadas con el riesgo del traspase de exigencias entre unos y otros poderes. El esquema es sencillo: a más indeterminación por parte del Legislativo, más margen de maniobra para la interpretación del Poder Judicial, que pasaría de interpretar la ley a *crear* la ley. El riesgo de la afección del principio de división de poderes es, por ende, manifiesto y real.

Sin embargo, lo verdaderamente preocupante es la confusión entre conducta típica y derecho. Sin duda alguna ha quedado patente que la conducta que se tipifica es en realidad una manifestación del derecho a la libertad de pensamiento (art. 16, Constitución española). No solo resulta que las conductas de *acceso* o *posesión* no poseen la suficiente entidad para ser consideradas *acciones* desde el punto de vista penal, sino que, además, el “adoctrinamiento” pertenece a la vertiente interna del derecho a la libertad de con-

<sup>53</sup> Cuerda Arnau, M.L., “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal”, en De la Cuesta Aguado, P.M. y Ruiz Rodríguez, L.R., Acale Sánchez, M., Hava García, E., Rodríguez Mesa, M. J., González Agudelo, G., Meini Méndez, I. y Ríos Corbacho, J. M., (Coords.), *Liber amicorum : estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2016, p. 1399; Terradillos Basoco, J. M., “Terrorismo...”, *op. cit.*, p. 48.

ciencia, pensamiento y religión (art. 16, Constitución española). Cada uno es libre, de acuerdo con tal derecho fundamental, de adoptar el pensamiento que le plazca o a no adoptar ninguno siquiera, sin que pueda interferir en este punto el *ius puniendi* del Estado.

La persecución de *conductas* que poco tienen que ver con el concepto de *acción* penal, trae a la mente el castigo de meros pensamientos o particulares formas de personalidad contrarias a las que posee la generalidad y que podrían considerarse “peligrosas”, o lo que es lo mismo, el derecho penal de autor.

Todas estas características apuntan a la intromisión de nuestro ordenamiento jurídico a conductas propias de un derecho penal del enemigo, incompatible totalmente con el Estado de derecho.

La democracia, pues, está en peligro. El derecho penal cada vez es más severo y abarca más aspectos, conductas que antes no se imaginaban tipificadas como delitos. A partir de la identificación de la tendencia que está tomando la política criminal podrá determinar la dirección que tomará el derecho penal, así como proponer posibles alternativas en pos de la conciliación y balanza entre derechos fundamentales, derecho penal y la seguridad.

El terrorismo y su *modus operandi* han mutado y con ello los Estados tratan de prevenir y neutralizar la amenaza, aunque eso signifique que para ganar seguridad se reduzca el margen de ejercicio de derechos y libertades fundamentales y garantías procesales. ¿Está el terrorismo consiguiendo de forma indirecta su principal objetivo?

El derecho penal no puede ser cómplice de la destrucción de la democracia, y tal vez ahora más que nunca deberíamos tomar la advertencia que 1984 nos dejó en forma de ficción, y que igualmente nos destacó Umberto Eco en el prólogo que recientemente escribió en dicho libro: “Aquí ya no estamos (solo) ante lo que habitualmente reconocemos como ‘literatura’ e identificamos con la buena escritura. Aquí estamos, repito, ante energía visionaria. Y no todas las visiones se refieren al futuro, o al Más Allá”.<sup>54</sup> Hoy, quizás más que nunca, Orwell tenía razón.

## 5. Bibliografía

- Aust, A., “The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism”, en *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, 2001.
- Beck, U., “Retorno a la teoría de la Sociedad del Riesgo”, en *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, n. 30, 2000.
- Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.
- Borja Jiménez, E. “Globalización y concepciones de derecho penal”, en *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2018.
- Callegari, A.L., “Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n. 91, julio-diciembre de 2010.
- Cancio Meliá, M., “El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 12, 2010.
- Cancio Meliá, M., “El derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea”, en *Revista Electrónica de Derecho Penal e Criminal*, Vol. 2, n. 1, 2004.
- Cancio Meliá, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en Cancio Meliá, M., *Estudios de derecho penal*, Ed. Palestra, Lima, 2010.
- Corsale, M., *La certezza del diritto*, Ed. Giuffrè, Milano, 1970.
- Cuerda Arnau, M. L., “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal”, en De la Cuesta Aguado, P.M., Ruiz Rodríguez, L. R., Acale Sánchez, M., Esther Hava García, E., Rodríguez Mesa, M. J., González Agudelo, G., Meini Méndez, I. y Ríos Corbacho, J. M. (Coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2016.
- Eco, U., “Prólogo: Orwell, o la energía visionaria”, en Orwell, G., 1984, Ed. Penguin Random House Grupo Editorial España, Madrid, 2013.
- Esquinas Valverde, P., “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación”,

<sup>54</sup> Eco, U., “Prólogo: Orwell, o la energía visionaria”, en Orwell, G., 1984, Ed. Penguin Random House Grupo Editorial España, Madrid, 2013.

## Política criminal en tiempos del terrorismo yihadista. El inicio del derecho penal orwelliano

- en *Revista UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 18, 2006.
- Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Fuentes Osorio, J.L., “Formas de anticipación de la tutela penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2006.
- García Arán, M. y Peres Neto, L., “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal español entre los años 2000-2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n°1, 2009, p. 284. (Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30320/PDF>).
- González Moreno, B., “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española”, en *Revista Española de Derechos Constitucional*, año 22, n. 66, sept.-dic., 2002.
- González Vaz, C., “El fenómeno terrorista y el derecho penal, ¿hacia un nuevo rumbo?”, en *Boletín Oficial del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 7, julio-septiembre de 2017.
- Hassemer, W. y Muñoz Conde, F., *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanc, 1989.
- Igualada Tolosa, C., “La radicalización yihadista en el entorno de las prisiones”, en *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 8, octubre-diciembre, 2017.
- Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, Trad: Cancio Meliá, Manuel, en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Navarra, 2006.
- Jiménez Díaz, M.J., *Seguridad ciudadana y derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.
- Jiménez Mejía, D., “La crisis de la noción material de bien jurídico en el derecho penal del riesgo”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 82, enero-junio, 2014, Universidad EAFIT.
- López De Oñate, F., *La certeza del derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-américa, Buenos Aires, 1953.
- Marquès I Banqué, M., “Problemas de legitimación del derecho penal del miedo”, en *Revista Política criminal*, Vol. 12, N. 24, diciembre 2017.
- Martín Sánchez, I., “El modelo actual de relación entre el Estado y el factor religioso en España”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 16, 2008.
- Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, 10ª edición, Ed. Reppertor, 2016.
- Moccia, S., *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Muñoz Conde, F., “¿Es el Derecho Penal Internacional un “Derecho penal del enemigo?””, en *Revista Penal*, n. 21, 2008.
- Navarro Cardoso, F., “Los delitos dolosos de financiación del terrorismo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20-01, 2018.
- Orwell, G., 1984, Ed. Penguin Random House Grupo Editorial España, Madrid, 2013.
- Palazzo, F.C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Ed. Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1979.
- Parra González, A.V., *La pornografía infantil en la red. Especial referencia a la posesión simple* (tesis doctoral), 2011. Disponible en el siguiente enlace (Última visita: 01/07/2019, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=42607>).
- Pascual Matellán, L., “La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un derecho penal deshumanizado”, en *CLIVATGE. Estudis i Testimonis sobre el conflicte i el Canvi Socials*, n. 3, 2015.
- Roma Valdés, A., *Código Penal comentado*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015.
- Sainz Moreno, F., “Orden público económico y restricciones de la competencia”, en *Revista de Administración Pública*, n. 84, 1977.
- Sánchez, V. y Yubero, B., “Influencia de las redes criminales de carácter transnacional en los conflictos”, en *Documento de Trabajo del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional*, 2016.
- Sansó-Rubert, D., “Nuevas tendencias de organización criminal y movilidad geográfica Aproximación geopolítica en clave e inteligencia criminal”, *Revista UNISCI/UNISCI Journal*, n. 41, 2016.
- Silva Sánchez, J.M., “¿Nullum Crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la

impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, n. 86-87, 2008.

Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003.

Terradillos Basoco, J.M., "Terrorismo yihadista y política criminal del Siglo XXI", en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, n. 87, julio-diciembre 2016.

Valero Heredia, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

Villavicencio Terreros, F. A., *Derecho penal parte general*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007.

Vives-Ferrández Sánchez, L., "(No) son sólo imágenes: iconoclasia y yihad 2.0", en *Anuario del Departamento de Historia y Teoría del Arte*, vol. 27, 2015.

### *Jurisprudencia y legislación consultados*

Caso Stanley vs. Georgia del Tribunal Superior de Estados Unidos.

Código Penal español.

Real Decreto 948/2015 de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

STS 354/2017, de 17 de mayo (TOL6.100.431; Ponente: Andrés Palomo Del Arco).

STS 734/2017, de 15 de noviembre.

STS 95/2018, de 26 de febrero de 2018.

### *Recurso Webs Consultados*

"A global response is needed to eradicate the sources of financing that support criminals and terrorists", says Francisco Martínez", en *Acting Government, Palacio de la Moncloa*, disponible en el siguiente enlace (última visita: 23/06/2019, <https://www.lamoncloa.gob.es/lang/en/gobierno/news/Paginas/2015/20150203-francisco--mart-.aspx>).

"About the memorial", en 9/11 memorial & museum, disponible en el siguiente enlace web (última consulta: 28/06/2019, <https://www.911memorial.org/about-memorial>)

"Active users of the top social platforms and messaging tools, by age, Global Index Web. Disponible en el siguiente enlace (última visita: 28/06/2018, <https://www.smartinsights.com/wp-content/uploads/2014/04/Demographic-use-of-social-networks-age-and-gender.jpg>).

"Greater Cooperation Needed to Tackle Danger Posed by Returning Foreign Fighters, Head of Counter-Terrorism Office Tells Security Council", en *Meetings Coverage and Press Releases*. Disponible en el siguiente enlace (última visita: 27/06/2019, <https://www.un.org/press/en/2017/sc13097.doc.htm>).

"Infracciones penales registradas en CCAAS, provincias, islas, capitales y localidades con población superior a 30.000 habitantes", en Secretaría de Estado de Seguridad, disponible en el siguiente enlace web (Última consulta: 28/06/2019, <http://www.interior.gob.es/documents/10180/8736571/informe+balance+2018+4%20trimestre.pdf/fb51653e-77f5-44da-9d23-535dbf4b2edd>).

Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), en el siguiente enlace (última visita: 01/07/2019, [https://www.uiaf.gov.co/asuntos\\_internacionales/organizaciones\\_internacionales/grupo\\_accion\\_financiera\\_7114](https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales/grupo_accion_financiera_7114))

Thatcher, M. 1985. Speech to American Bar Association". Disponible en el siguiente enlace web (última visita: 28/06/2019, <http://www.margaretthatcher.org/document/106096>).





Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES