

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA



Euskadi
2 0 1 2

EUROPEAN INKLINGS (EU*i*)

NÚMERO 2, 2013

ARMONIZACIÓN PENAL EN EUROPA

Directores

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Ana Isabel Pérez Machío

Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena



Antolatzaileak/Organizadores



europagune



Erakunde Autonomoa
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

EUROPEAN INKLINGS (EUi)

Director

Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (UPV/EHU)

Consejo Editorial

Ricardo ALONSO GARCÍA (Universidad Complutense)

Mikel ANTÓN ZARRAGOITIA (Secretaría General de Acción Exterior. Gobierno Vasco)

Marta IGLESIAS BARRIO (IVAP)

Isaac MERINO JARA (UPV/EHU)

Santiago RIPOL CARULLA (Universidad Pompeu Fabra)

Alejandro SAIZ ARNAIZ (Universidad Pompeu Fabra)

Consejo Asesor

Gurutz JÁUREGUI BERECIARTU (UPV/EHU) (Presidente)

Jokin ALBERDI BIDAGUREN (UPV/EHU)

Joxerramon BENGOEXTEA CABALLERO (UPV/EHU)

Manolo CIENFUEGOS MATEO (UPF)

Edorta COBREROS MENDAZONA (UPV/EHU)

Juana GOIZUETA VÉRTIZ (UPV/EHU)

Eugenia LÓPEZ-JACOISTE (Universidad de Navarra)

Dunia MARINAS SUÁREZ (UPV/EHU)

Mariela MORALES-ANTONIAZZI (Max Planck Institut, Heidelberg)

Maite ZELAIA GARAGARZA (UPV/EHU)

Secretaria

Ana M. SAN MIGUEL OSABA

Índice

| | |
|--|----|
| Relación de autores | 6 |
| Presentación del segundo número de los «European inklings» (EUi 2) Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena | 8 |
| Dedicatoria al Profesor Joachim Vogel | 9 |
| Prof. Dr. Joachim Vogel <i>In memoriam</i> Luigi Foffani | 10 |

Armonización del Derecho penal

| | |
|--|----|
| «La armonización internacional del Derecho penal. Hechos, actores y procesos en los caminos de la armonización» Luis Arroyo Zapatero | 14 |
| «Armonización del Derecho penal en la UE» Peter Csonka | 22 |

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

| | |
|---|-----|
| «La responsabilidad penal y/o sancionadora de las personas jurídicas en los distintos Estados miembros de la UE» Carmen Agoues Mendizabal | 34 |
| «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados» José Luis de la Cuesta Arzamendi y Ana Isabel Pérez Machío | 52 |
| «¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?» Patricia Faraldo Cabana | 77 |
| «Las personas jurídicas y la potestad sancionadora de la Administración» Iñaki Lasagabaster Herrarte | 114 |

| | |
|--|-----|
| «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: oportunidades y retos para la cooperación judicial» Adán Nieto Martín | 130 |
|--|-----|

Corrupción

| | |
|--|-----|
| «Armonización en la UE de los delitos de corrupción. El caso de España» Isidoro Blanco Cordero | 152 |
| «La corrupción “privada”: hacia una armonización penal en Europa» Luigi Foffani | 205 |

Trata y tráfico de personas

| | |
|---|-----|
| «La adaptación del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal en materia de trata de personas y de inmigración ilegal a los instrumentos normativos de la Unión Europea» Luis Lafont Nicuesa | 218 |
| «Víctimas de la trata y del tráfico ilícito: el problema de la expulsión» Virginia Mayordomo Rodrigo | 251 |
| «La lucha contra los fenómenos de trata y del tráfico de personas en la Unión Europea» Maiténa Poelemans | 264 |
| «Trata de seres humanos desde una perspectiva victimológica: ¿se protege en España suficientemente a las víctimas de este fenómeno?» Carolina Villacampa Estiarte | 276 |

Otros sectores delictivos específicos

| | |
|---|-----|
| «El Derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea» Manuel Cancio Meliá | 304 |
| «Política penal de armonización europea en materia ambiental» Norberto J. de la Mata Barranco | 326 |
| «Política penal de la Unión Europea sobre los ciberdelitos» Carlos María Romeo Casabona | 367 |
| «Armonización penal en la Unión Europea: la criminalidad organizada» Isabel Sánchez García de Paz | 390 |

Perspectivas victimológicas

| | |
|--|-----|
| «La protección de las víctimas vulnerables en el Derecho de la Unión Europea» Josep M. Tamarit Sumalla | 428 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| «Víctimas y nuevas formas de justicia en la Unión Europea: La Directiva 2012/29/UE y el concepto de vulnerabilidad victimal en relación con los programas restaurativos y otras formas participativas de justicia» Gema Varona Martínez | 445 |
|---|-----|

Aspectos penológicos y procesales

| | |
|---|-----|
| «El control de legalidad de la ejecución de penas por el TEDH: nuevas perspectivas tras el caso <i>Del Río Prada (doctrina Parot) c. España 2013</i> » Jon-Mirena Landa Gorostiza | 486 |
| «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español» Santiago Ripol Carulla | 514 |
| «Apuntes en relación con la evolución de la cooperación penal en la Unión y el Proyecto de creación de la Fiscalía Europea» Alberto Saiz Garitaonandia | 547 |

Relación de autores

AGOUES MENDIZABAL, Carmen

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco UPV/EHU.

ARROYO ZAPATERO, Luis

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha. Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale. Director del Instituto Penal Europeo e Internacional.

BLANCO CORDERO, Isidoro

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante. Secretario General Adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

CANCIO MELIÁ, Manuel

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid.

CSONKA, Peter

Advisor, Criminal Justice, Directorate General Justice, European Commission.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis

Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco UPV/EHU. Director del Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP-IAPL).

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.

Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco UPV/EHU.

FARALDO CABANA, Patricia

Catedrática de Derecho Penal. Universidade da Coruña. Marie Curie fellow (Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional y Comparado de Friburgo, Alemania).

FOFFANI, Luigi

Catedrático de Derecho Penal. Università di Modena e Reggio Emilia (Italia).

LAFONT NICUESA, Luis

Fiscalía. Madrid.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad del País Vasco UPV/EHU.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco UPV/EHU.

MAYORDOMO RODRIGO, Virginia

Profesora Agregada de Derecho Penal. Universidad del País Vasco UPV/EHU. Investigadora del Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua.

NIETO MARTÍN, Adán

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha.

PÉREZ MACHÍO, Ana I.

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad del País Vasco UPV/EHU. Investigadora del Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua.

POELEMANS, Maiténa

Doctora-Investigadora. Centre de Documentation et de Recherches Européennes (CDRE). Universidad de Pau y de los Países del Adour (UPPA).

RIPOL CARULLA, Santiago

Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

ROMEO CASABONA, Carlos María

Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco UPV/EHU. Director de la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano.

SAIZ GARITAONANDIA, Alberto

Profesor de Derecho Procesal. Universidad del País Vasco UPV/EHU. Director de lo Contencioso. Eusko Jaurlaritzza-Gobierno Vasco.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel

Profesora Titular de Universidad de Derecho Penal (en excedencia). Magistrada. Juzgado de lo Penal n.º 2 de Elche (Alicante).

TAMARIT SUMALLA, Josep M.

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Lleida/Universitat Oberta de Catalunya.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio

Profesor Titular de Derecho Constitucional y Derecho de la Unión Europea (acreditado a Catedrático). Universidad del País Vasco UPV/EHU.

VARONA MARTÍNEZ, Gema

Investigadora doctora permanente en el Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina

Profesora Titular de Derecho Penal (acreditada a Catedrática). Universitat de Lleida.

El Derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea

Manuel Cancio Meliá

Sumario: I. Introducción. II. El Derecho penal antiterrorista español y la DM 2002. 1. El plano internacional. 2. La DM 2002. 3. Tres ordenamientos europeos: Alemania, Francia, Italia. 4. La regulación española del CP 1995: panorama. III. La DM 2008 y la reforma de la LO 5/2010. 1. Organización o grupo terrorista. 2. Colaboración. 3. Delito de propaganda. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

A partir de los atentados ejecutados el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, los delitos de terrorismo entraron de lleno en el elenco de materias jurídico-penales a armonizar en el seno de la Unión Europea: una primera Decisión Marco, aprobada en el año 2002, sentó las bases de un terreno común de las regulaciones nacionales, ocupándose de las definiciones fundamentales de la tipificación penal. La segunda Decisión Marco en la materia, aprobada en el año 2008, se refiere, por el contrario, a supuestos de hecho muy específicos, de lo que se puede llamar conductas periféricas a los delitos nucleares de terrorismo, y puede comprenderse como reacción a las características de las actividades de determinadas organizaciones terroristas en los últimos años¹.

Estos dos instrumentos de armonización han tenido un impacto muy diverso en la regulación española: mientras que la DM 2002 no generó modificación alguna, la más reciente reforma penal en España —llevada a cabo mediante LO 5/2010—, que introduce notables novedades en los delitos de terrorismo, pretende justificar esos cambios sobre todo invocando la DM 2008. Como se verá, lo primero —la ausencia de toda reacción legisla-

¹ Determinadas conductas próximas a la colaboración, a la apología y a la provocación, intentando aprehender fenómenos como las páginas web radicales, las prédicas incendiarias de determinados clérigos o la asistencia a cursos de entrenamiento en campos ubicados en Pakistán, fenómenos que han generado una intensa atención y polémica en diversos países europeos, especialmente, por no estar aprehendidas jurídico-penalmente algunas de estas conductas; *vid.* por todos CANO PAÑOS, LLP 86 (2011), I.

tiva española a la primera Decisión Marco— se explica por el hecho de que la regulación antiterrorista española es una de las más amplias —como se verá, en extensión e intensidad conceptual— de los países europeos. Lo segundo, la notable repercusión de la segunda Decisión Marco, como se expondrá, no responde en realidad a otra razón que a la pretensión del legislador de 2010 de ocultar bajo el parapeto de la DM 2008 la intención de llevar a cabo un nuevo adelantamiento de las barreras de incriminación —mucho más allá de lo demandado por la norma europea— respecto de conductas que cabría calificar sobre todo de propaganda y adhesión en relación con actividades terroristas.

En lo que sigue, se ofrecerá primero una síntesis de los contenidos de la DM 2002/475/JAI y de la regulación de tres países centrales de la UE, acompañada de una breve caracterización del ordenamiento antiterrorista español, lo que explica la ausencia de toda modificación en los tipos españoles debida a la DM 2002 (*infra* II.). A continuación podrá entrarse en el análisis de la reforma de los delitos de terrorismo llevada a cabo por la LO 5/2010 invocando la DM 2008/919/JAI (*infra* III.), concluyendo con una breve valoración del impacto de la armonización penal europea sobre la regulación antiterrorista española y del significado de ésta (*infra* IV.).

II. EL DERECHO PENAL ANTITERRORISTA ESPAÑOL Y LA DM 2002

Para poder ubicar la regulación española en un plano comparado, conviene esbozar —aunque sea con mucha brevedad— algunas consideraciones respecto de la evolución internacional relativas al terrorismo, así como sobre los elementos esenciales de la DM 2002, por un lado, y algún dato extraído del Derecho comparado más próximo en la UE, por otro, con el fin de generar un trasfondo ante el cual poder delinear las características de la regulación española.

1. El plano internacional

La preocupación por el terrorismo en el plano internacional, como es evidente, no es nueva. Existen desde hace tiempo convenios internacionales —entre los cuales hay que destacar el del Consejo de Europa del año 1977²— dedicados a la materia, cuyo rasgo quizás más sobresaliente es la preocupación de muchos Estados por la posibilidad de que la represión del terrorismo pueda afectar a aquellos actos de resistencia armada estimados, en cada caso, legítimos³. Por ello, no puede hablarse de una normativa internacional en ma-

² Cfr. sobre este instrumento sólo ASÚA BATARRITA, en: LH Lidón, pp. 57 y ss.; ha sido sustituido por una Convención, en la misma línea que la anterior, aprobada en Varsovia con fecha de 16.5.2005.

³ Cfr. la descripción de esta situación en el marco de las discusiones en las Naciones Unidas respecto del actual proyecto de Convenio general de terrorismo en GARCÍA RIVAS, RGDP 4 (2005), pp. 7 y ss. En todo

teria de terrorismo⁴. Sin embargo, a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 antes aludidos⁵ se ha producido un cambio de velocidad apabullante en la actividad en este contexto, que permite hablar de una verdadera efervescencia. Aún así, los trabajos más importantes —los referidos a una definición de terrorismo— no acaban de concluir en un convenio⁶: en suma, hay mucha actividad (o activismo), pero en lo que aquí interesa —un concepto internacional de terrorismo que tomar como referencia para evaluar la opción de la legislación española— nada se ha avanzado.

2. La DM 2002

Sin embargo, sí ha habido un decidido impulso en el marco europeo, como antes se decía, para definir algún que otro elemento de la regulación concreta en materia de terrorismo: en un primer paso, se aprobó la Decisión Marco sobre Terrorismo de 13.6.2002⁷. Sintéticamente, ésta contiene los siguientes elementos:

- En el art. 1 se establece un *catálogo* de delitos de terrorismo «... que por su naturaleza o su contexto puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional...». Se estiman por tales delitos aquellos que se cometen con el fin de
 - a) Intimidación grave a una población,
 - b) Obligar a los poderes públicos u organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,
 - c) Desestabilizar gravemente o destruir las estructuras constitucionales, económicas o sociales de un país u organización internacional mediante atentados contra la vida de las personas o su integridad física, secuestro o tomas de rehenes, destruc-

caso, las cosas han cambiado mucho en este ámbito después de la implosión del *bloque socialista* en Europa (cfr. al respecto ASÚA BATARRITA, en: LH Lidón, pp. 44 y s.; CALAMITA REMEZAL, *Análisis*, pp. 28 y ss.); respecto de la situación anterior, vid. sólo LÓPEZ GARRIDO, *Terrorismo, política y Derecho*, pp. 12 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, pp. 49 y ss.

⁴ Y tampoco parece que la decisión del Tribunal Internacional para el Líbano de 2011 de afirmar que el Derecho penal internacional consuetudinario conoce ya un delito de terrorismo vaya a poder consolidarse; vid. sólo KIRSCH/OEHMICHEN, ZIS 2011, pp. 800 y ss.

⁵ Destacan la especificidad simbólica de las repercusiones de estos atentados, entre otros muchos, CHOCQUET, C&C 44 (2001), n.m. 25; JAKOBS, en: IDEM/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*², p. 41; FARALDO CABANA, en: EADEM/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA, *Nuevos retos*, p. 302; MUÑOZ CONDE, en: LOSANO/MUÑOZ CONDE, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, pp. 167 y ss.; RAMOS VÁZQUEZ, LH Baratta, pp. 1430 y s.; SCHEERER, *Zukunft des Terrorismus*, pp. 59 y ss.; COBO DEL ROSAL, en: IDEM, *PE*², p. 65; GONZÁLEZ CUSSAC, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Terrorismo*, pp. 79 y ss.; vid. también la información en ÁLVAREZ CONDE/GONZÁLEZ, ARI 7/2006, y HOLMES, *The Matador's Cape*, pp. 20 y ss., 40 y ss., 45 y ss.

⁶ Cfr. sólo CHERIF BASSIOUNI (ed.), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, 2005.

⁷ Vid. sólo GARCÍA RIVAS, RGDP 4 (nov. 2005).

ciones masivas gubernamentales, apoderamiento de aeronaves o buques, fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas..., provocación de incendios o inundaciones, interrupción en los suministros esenciales de agua, de electricidad u otro recurso fundamental con riesgo para la vida humana, así como la amenaza de cometer tales acciones.

- También se prevé la sanción para los directivos del grupo terrorista y los participantes. Se sanciona en el art. 4 la inducción, complicidad y tentativa, y en el art. 5 se solicita que los Estados castiguen estas acciones con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias.

En el art. 1 k) se fija el concepto de organización:

«... A los efectos del presente apartado, se entenderá por grupo terrorista todo grupo estructurado de más de dos personas, establecido durante cierto tiempo, que actúe de manera concertada con el fin de cometer actos terroristas. Por grupo estructurado se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un acto terrorista sin que sea necesario que se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, ni que haya continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada ...».

3. Tres ordenamientos europeos: Alemania, Francia, Italia

Intentando ofrecer un contexto para esta primera norma de armonización —y teniendo en cuenta que en un amplio número de ordenamientos europeos no había regulación específica alguna— conviene llevar a cabo una brevísima consideración de la regulación en tres de los ordenamientos de nuestro entorno: los de Alemania, Francia e Italia⁸. Su función será

⁸ La selección de estos tres países a modo de muestra no sólo viene determinada por la importancia de su cultura jurídica y su gran peso dentro de la UE, sino porque son aquellos países de nuestro entorno (jurídico-continental) en los que (aunque sin alcanzar los niveles de España) se ha registrado mayor actividad terrorista. Después de los atentados del 11.9.2001, muchos países de Occidente han creado *ex novo* o han ampliado su legislación criminal en materia de terrorismo; información sucinta aparece en ÁLVAREZ CONDE/GONZÁLEZ, ARI n.º 7/2006; interesante resulta también el informe (por el punto de vista global [práctico y normativo] adoptado) emitido por el Ministro de Asuntos Exteriores británico STRAW en octubre de 2005, referido a diversos países; respecto de Gran Bretaña, *vid.* WALKER, *Crim.L.R.* 2004, pp. 311 y ss., 318 y ss.; CANCIO MELIÁ/PETZSCHE, en: MASFERRER/WALKER; PETZSCHE, y directamente la *Terrorism Act* del año 2006; sobre las modificaciones en muy diversos puntos de la legislación en los EE.UU. conocida —a través de un acrónimo alambicado— como *USA Patriot Act* informan, por ejemplo, VERVAELE, *La legislación*, pp. 25 y ss. y *passim*; SALAS, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Terrorismo*, pp. 255 y ss.; WONG, 12 *Mich. J. Race & L.* (2006), pp. 161 y ss.; sobre esta legislación desde el prisma sociológico de la excepcionalidad, *cfr.* SAN MARTÍN SEGURA, en: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada*, pp. 339 y ss., 349 y ss.

tan sólo la de establecer un marco de comparación con el alcance de la tipificación en el Código penal español.

En *Alemania* la aprehensión del terrorismo tiene lugar a través de las figuras de intervención en una asociación terrorista, regulada en el § 129a StGB; el § 129b StGB contiene una extensión de la punibilidad a las organizaciones terroristas ubicadas en el extranjero. Las características esenciales de la tipicidad de la infracción son las siguientes⁹: en primer lugar, no se mencionan, en principio, finalidades políticas de la organización terrorista como elemento típico; en segundo lugar, se contemplan dos modalidades de asociación terrorista, definidas por un respectivo catálogo de hechos delictivos, que indica la distinta gravedad de las asociaciones. En la asociación terrorista del segundo número del § 129a StGB —orientada a la comisión de hechos menos graves que la del número primero— se incluye una descripción de la finalidad de intimidar a la población, doblegar la voluntad de un órgano estatal o internacional o remover las estructuras básicas de la organización del Estado; según parece, esta redacción está inspirada en la DM 2002. No hay ya apenas aplicación de la infracción en los últimos años.

En *Francia*, la regulación —muy reciente: tiene su origen en el año 1986— en materia de terrorismo¹⁰ está contenida, por un lado, en el art. 421-1 CP, que define el concepto de terrorismo por referencia a infracciones comunes, o llamado, en la doctrina, «actos terroristas por finalidad»¹¹: «...aquellas actuaciones individuales o colectivas cuyo objetivo sea alterar gravemente el orden público empleando la intimidación o el terror», y constituyan determinadas infracciones incluidas en un catálogo. Por otra parte, el art. 421-2 CP regula los actos de «terrorismo por naturaleza»: por un lado, se pena —desde el año 1996— la mera pertenencia a una organización terrorista («constituye asimismo un acto de terrorismo la *participación en un grupo* formado o en una organización creada *para la preparación, revelada* por uno o varios hechos materiales, de uno de los actos de terrorismo mencionados en los artículos anteriores»; art. 421-2-1 CP). Por otro lado, existen otras dos disposiciones específicas, referidas a una modalidad de comisión de estragos mediante envenenamiento masivo y a la financiación de actos de terrorismo (art. 421-2-2 CP). Finalmente, desde el año 2003, forma parte de la regulación un delito de incapacidad de justificar los ingresos correspondientes a un determinado tren de vida, siempre que se esté en relación habitual con una o varias personas que hayan cometido otros delitos de terrorismo (art. 421-2-3 CP). En general, la regulación francesa muestra con claridad que aún está en sus comienzos. Llama la atención la posibilidad de incluir en el ámbito de tipificación conductas individuales; también se aprecia la ausencia de un diseño general del sector, como muestra la incorporación sucesiva de diversas infracciones con criterio exclusivamente casuístico.

⁹ Vid. sólo FÜRST, *Grundlagen und Grenzen, passim*; NK²-OSTENDORF, § 129a; PERRON, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Terrorismo*, pp. 239 y ss.

¹⁰ Vid., por ejemplo, MALABAT, *DPS*, n.m. 865 y ss.; VÉRON, *DPS*¹¹, n.m. 521 y ss.

¹¹ MALABAT, *DPS*, n.m. 868 y ss.; VÉRON, *DPS*¹¹, n.m. 522 lo denomina «acto terrorista por referencia».

En *Italia*, la última ley antiterrorista¹² fue aprobada en julio de 2005: en lo que se refiere al alcance de la tipificación, criminaliza cualquier conducta relacionada con el entrenamiento terrorista. El Código penal italiano no contiene un capítulo específico dedicado al terrorismo. En el art. 270 CP se aprehenden las «asociaciones subversivas»: por un lado, asociaciones destinadas a instituir una «dictadura de una clase sobre otra»; otras asociaciones típicas buscan la supresión violenta del ordenamiento político y jurídico de la sociedad. El art. 270 bis CP regula las asociaciones con finalidad terrorista y de subversión del orden democrático. El art. 272 CP se refiere a la propaganda o apología subversiva, y de destrucción del orden social. En el art. 280 CP se regula la figura del atentado con finalidades terroristas. En esta regulación destaca, en primer lugar, el especial acento que se pone en la determinación de los fines políticos perseguidos¹³; en segundo, la dispersión de los distintos tipos de asociación, debida a la ausencia de una reforma sistemática del sector, que mantiene figuras provenientes de muy diversos orígenes históricos y difícilmente compatibles entre sí.

Reteniendo estos pocos datos extraídos de la DM 2002 y de los tres ordenamientos esbozados, después de una breve consideración inicial de la regulación española que sigue a continuación podrá evaluarse qué papel puede jugar la comparación con otros sistemas normativos y el marco de armonización de la UE para el análisis del ordenamiento español.

4. La regulación española del CP 1995: panorama

a) Una consideración inicial de los distintos tipos de terrorismo contenidos en el momento actual en el Código penal español puede llevar a la impresión de que, en comparación con la regulación anterior —introducida materialmente en la LO 8/1988¹⁴—, el tratamiento de estos delitos en el CP 1995 no ofrece en el fondo novedades de carácter material, incluso frente a la regulación de la dictadura¹⁵: en efecto, si se examina delito por delito lo que era punible en este ámbito antes y después de la entrada en vigor del nuevo Código —excepción hecha del art. 577 CP, y, desde el año 2000, del art. 578 CP—, todo parece estar más o menos como antes¹⁶. Los cambios, entonces, parecen sobre todo ser de técnica menor, en el sentido de una organización más racional de las infracciones. Sin embargo,

¹² Sobre la regulación *vid.* sólo RESTA, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo 2*, pp. 735 y ss., 752 y ss., y VIGANÒ, RIDPP 2006, pp. 648 y ss.

¹³ La *Suprema Corte* (Cass., Sezione Seconda Penale, n. 24994, 25.5.-19.7.2006) ha proclamado la *toleranza zero* frente a las organizaciones próximas a Al Qaida, considerando que la mera «adhesión ideológica» al ideario *yihadista* más una ideación más o menos difusa basta para la condena.

¹⁴ Momento en el que la regulación de excepción «se "cronifica"» (ROLDÁN BARBERO, *Los GRAPO*, p. 122).

¹⁵ LAMARCA PÉREZ, en: EADEM, *PE*³, p. 708.

¹⁶ En este sentido, la regulación actual hunde sus raíces en la LO 3/1988, que (re)incorporó las infracciones de terrorismo al CP TR 1973.

esta impresión no se ve del todo confirmada si se examina la regulación actual atendiendo a determinados aspectos generales de su diseño, y no al número las infracciones individualmente consideradas.

Frente a la regulación anterior al CP 1995, que contenía en los arts. 57 bis y 174 bis b) CP TR 1973 sendas cláusulas de agravación de la pena, genérica la primera y más específica la segunda, y el delito de colaboración con banda armada (art. 174 bis a) CP TR 1973), el CP 1995 optó¹⁷ por una regulación que se puede calificar —aparte de más concentrada en cuanto a su ubicación— de más extensa e intensa. Más *extensa*, al establecer una serie de tipos que agravan las penas previstas para ciertos delitos comunes cuando éstos sean cometidos «perteneciendo, actuando al servicio o colaborando» con las organizaciones de índole terrorista (arts. 571, 572, 573 CP), junto con un tipo de recogida que abarca (potencialmente) cualquier infracción criminal (art. 574 CP). También se establece una infracción, referida a los delitos patrimoniales, cuyo encuadre resulta algo más difícil, pero que debe considerarse como de colaboración (art. 575 CP); a continuación se incorpora el delito genérico de colaboración con banda armada (art. 576 CP). En tercer lugar, se introduce una infracción —desconocida en la regulación anterior— que suele denominarse de «terrorismo individual» (art. 577 CP). El artículo 578 CP tipifica conjuntamente —desde la LO 7/2000¹⁸— dos infracciones distintas, una consistente en el enaltecimiento o justificación de las infracciones de terrorismo y de sus autores, y la otra, en diversas formas de injuria frente a las víctimas de tales infracciones o a sus familiares. En los arts. 579 y 580 CP se regulan, respectivamente, por un lado, los actos preparatorios (art. 579.1 CP), la pena especial de inhabilitación absoluta (art. 579.2 CP) y la cuestión de los autores arrepentidos (art. 579.3 CP) y, por otro, la llamada reincidencia internacional (art. 580 CP). Por lo demás, la mera pertenencia a una de las organizaciones referidas estaba prevista en los artículos 515.2 y 516 CP.

Esto es lo que podría parecer una mera reorganización racional del material normativo frente a la situación anterior al CP 1995, a la que hay que sumar, aparte del «redondeo» de figuras periféricas y en materia de menores de la LO 7/2000, los cambios en materia de cumplimiento de penas (destinados de modo evidente sobre todo a los presos de ETA) que introdujo la LO 7/2003¹⁹.

Más allá de esto, sin embargo, la regulación nueva era también (mucho) más *intensa* conceptualmente, porque incluye elementos definitorios generales que en la tipificación anterior no existían, ya que ésta se limitaba a enunciar las «bandas armadas» y los «elementos

¹⁷ Y las reformas habidas desde 1995 que han afectado a las infracciones de terrorismo no alteran la estructura general de la sección; en el plano de la definición típica, hay que señalar, como antes se decía, la introducción de las conductas de manifestación del (actual) art. 578 CP y la reformulación del art. 577 CP, además de las nuevas figuras incorporadas en la LO 5/2010 a las que después se aludirá.

¹⁸ Vid. CANCIO MELIÁ, JpD 2002, pp. 19 y ss.

¹⁹ Vid. sólo FARALDO CABANA, en: EADEM (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA (coord.), *Nuevos retos*, pp. 299 y ss.

terroristas o rebeldes»²⁰: por un lado, opta por la reincorporación del término «terrorismo» al rótulo de la sección; por otro, lo define, en los arts. 571 y s. CP, como aquel actuar realizado con la «finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública». Como se verá, esta mayor densidad de regulación en la definición general puede servir para aportar criterios al análisis del alcance típico de las distintas infracciones.

b) Ya con la sintética caracterización de las infracciones de terrorismo acabada de hacer, queda clara la *doble especificidad* de la regulación española de 1995: por un lado, no sólo contenía infracciones de adelantamiento o creación de nueva punibilidad²¹ (arts. 515.2 y 516, 575, 576 CP), sino también una *agravación* general —heredera de 174 bis b) y 57 bis a) CP TR 1973—, para todas las demás infracciones, con tal de que exista la conexión con la organización terrorista (arts. 571, 572, 577, con la cláusula de cierre-recogida omnicompreensiva [«cualquier otra infracción»] del art. 574 CP); es decir, se trata de una regulación extraordinariamente severa y amplia²². Por otro lado —y ésta es la novedad decisiva en el Código Penal de 1995—, contiene una caracterización muy específica de cuáles son los elementos diferenciales, lo específicamente *terrorista* de estas infracciones.

Parece claro desde un principio que estos delitos son en el sistema de incriminación español diseñado en 1995 bastante más que una mera regla de medición de la pena (agravatoria respecto de los delitos comunes). La modificación en cuanto a la *intensidad* que supuso la nueva regulación del CP 1995 determina, con toda claridad, desde el punto de vista aquí adoptado, que se trata de infracciones con sustantividad propia.

Ya el esbozo del contenido de las infracciones de terrorismo en el CP español antes hecho, puesto en relación con el contenido de la DM 2002 y el esquema de la regulación en el Derecho de los países más próximos, muestra con toda claridad que ninguno de estos ordenamientos presenta un alcance comparable al que determina la configuración típica de los delitos de terrorismo en el Derecho penal español: éste se encuentra en una posición de aislada *vanguardia*, tanto en lo que se refiere a su «Parte Especial» (las conductas concre-

²⁰ La fase de «despolitización» anterior de estas infracciones se inició en el peculiar contexto de la transición española, en 1978 (L 82/1978); *vid.* al respecto sólo DE SOLA DUEÑAS, DJ 37/40 (1983) vol. 2, pp. 1221 y ss., con un criterio muy vacilante: en el breve período de funcionamiento de la L 82/1982, se gestaba el PLOCP, que volvía a la opción por la incorporación de una sección expresamente dedicada a los delitos de terrorismo, al igual que posteriormente la PANCP (*vid.* DE SOLA DUEÑAS, DJ 37/40 [1983] vol. 2, pp. 1223, 1232 y ss.); *vid.* también, en sentido crítico, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pp. 162 y ss.; GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo*, pp. 220 y ss.; ASÚA BATARRITA, en: LH Lidón, p. 71 y ss.

²¹ También aquí ocupa el ordenamiento español una posición de *vanguardia*; decía ya, por ejemplo, GÓMEZ BENÍTEZ (CPC 16 [1982], p. 64) que «[e]s precisamente en el terreno del adelantamiento del momento punitivo, es decir, de la punición de los actos preparatorios y en la proliferación de categorías de “partícipes”... en donde la “política penal del orden público” se muestra más ilimitada en España».

²² Contempla, por lo tanto, las tres modalidades específicas de reacción frente a formas organizadas de criminalidad que identifica SILVA SÁNCHEZ, en: LH Ruiz Antón, pp. 1069 y s. como posibles: infracciones específicas, agravación de infracciones comunes y la pertenencia a la organización en sí misma.

tamente incriminadas) como en relación con su «Parte General» (la definición general de lo que es jurídico-penalmente «terrorismo»). Esta sencilla constatación es esencial para evaluar la posible relevancia de las normas europeas de armonización: el ordenamiento español es especialmente amplio en este sector de regulación, como se reconoce también en la jurisprudencia:

«Tenemos que partir de una premisa de crucial importancia: Nuestra legislación penal en materia de terrorismo es una de las más avanzadas y completas del mundo, por lo que aquí no hay nada que crear. Se trata tan solo de interpretar adecuadamente la legislación que tenemos»²³.

c) Así las cosas, no parece sorprendente que la DM 2002 no condujera a cambio alguno en la regulación antiterrorista española: sencillamente, no había margen para ninguna modificación porque el CP 1995 contaba ya —contando con las ulteriores reformas, tanto de 2000 como de 2003— con un elenco de figuras delictivas perfectamente capaces de «absorber» todas las necesidades de tipificación y de definición planteadas por la norma europea.

III. LA DM 2008 Y LA REFORMA DE LA LO 5/2010

Las cosas fueron muy distintas respecto de la segunda DM, aprobada en el año 2008²⁴: invocando de modo prácticamente exclusivo la norma europea, la amplia reforma que introduce la Ley Orgánica 5/2010 en el ordenamiento penal español afectó también a los delitos de terrorismo²⁵, y ello en tres ámbitos:

Por un lado, se produce una *reubicación* de algunas de las infracciones —debida a la nueva configuración de los delitos de organización comunes, eliminando el tratamiento de la organización terrorista de los delitos de asociación ilícita (recogida en los antiguos arts. 515.2 y 516)—, pasando el art. 571 a recoger las conductas de pertenencia a una organización terrorista (siendo este precepto el contenido de una nueva sección primera, quedando los delitos instrumentales [arts. 572 y ss.] en la sección segunda), mientras que el art. 572 incluye ahora, además de los delitos terroristas contra las personas que ya antes se tipificaban en él, también los que estaban incluidos en el antiguo art. 571 (estragos e incendios).

Este cambio de ubicación de algunos tipos se ve acompañado, por otro lado, de algunas *modificaciones puntuales* en la regulación:

²³ SAN 36/2005 (secc. 3.ª) 26.9.2005.

²⁴ Vid. sobre lo que sigue también CANO PAÑOS, LLP 86 (2011), II. y ss. y ya CANCIO MELIÁ, en: GALLI/WEYENBERGH, *EU Counter-terrorism Offences*, pp. 99 y ss.

²⁵ Vid. una primera aproximación a este sector de la reforma en CANCIO MELIÁ, *Comentarios*, pp. 521 y ss.; sintéticamente, IDEM, *Memento*, n.m. 18959, 18982, 19015, 19035 y s., 19050, 19080.

- a) se modifica la descripción de las conductas de pertenencia a la organización terrorista (art. 571.1 y 2);
- b) se introduce una definición expresa de organización y grupo terrorista (bajo remisión al nuevo régimen general de los delitos de organización), eliminando la noción de «banda armada» (art. 571.3);
- c) se amplía el concepto de la colaboración con organización terrorista, identificando como nuevas conducta típicas las de «captación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación» (art. 576.3);
- d) se define un nuevo delito de financiación del terrorismo, incluyendo tanto conductas dolosas como imprudentes, y estableciendo la posibilidad de penar a personas jurídicas (art. 576 bis);
- e) se tipifica una nueva figura de propaganda, consistente en la difusión pública de «mensajes y consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer» la comisión de delitos terroristas (art. 579.1 II).

Finalmente, en tercer lugar, se introduce para los delitos de terrorismo (art. 579.3) la nueva consecuencia jurídica de la *libertad vigilada* (art. 106)²⁶. Por otra parte, también se han establecido algunos supuestos de imprescriptibilidad para estas infracciones²⁷.

1. Organización o grupo terrorista

a) CAMBIO DE UBICACIÓN

La profunda reordenación de los delitos de organización que la reforma llevó a cabo afecta también, como no podía ser de otro modo —el terrorismo es la forma más grave de delincuencia organizada²⁸— a las infracciones en materia de terrorismo. Una de las consecuencias de esa reordenación es que se eliminó la separación que existía entre el delito de pertenencia a organización terrorista (que se regulaba en la secc. 1.º [delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución] del cap. IV [delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas], dentro de los delitos de asociación ilícita, arts. 515.2 y 516) y las demás infracciones de terrorismo (recogidas en la antigua secc. 2.º [delitos de terrorismo] del antiguo cap. V [tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y delitos de terrorismo] del tít. XXII [delitos contra el orden público]): ahora, ambos segmentos de la regulación se encuentran reunidos en el nuevo cap. VII (organizaciones y grupos terroris-

²⁶ Sobre su aplicación a los delitos de terrorismo —en relación con el AP 2008— *cf.* el completo análisis crítico de SANTANA VEGA, EPCr XXIX (2009), pp. 447 y ss., 474 y ss.; *vid.* también CANO PAÑOS, LLP 86 (2011), VII.1.

²⁷ *Vid.* sólo CANO PAÑOS, LLP 86 (2011), VII.2.

²⁸ *Vid.*, por ejemplo, también en este sentido MUÑOZ CONDE, PE¹⁸, pp. 921 y s.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en: GÓMEZ TOMILLO, *ComCP*, pp. 1936 y s.

tas y delitos de terrorismo) del título dedicado a los delitos contra el orden público, aunque en dos secciones separadas.

La nueva ubicación no resulta adecuada. Por un lado, porque se ha desaprovechado la oportunidad de la reforma para colocar en el lugar que corresponde a los delitos de terrorismo (y a todos los delitos de organización): entre los delitos contra la Constitución²⁹. Por otro lado, la inclusión de la pertenencia a organización terrorista entre los delitos de terrorismo supone una involución frente a la situación anterior. El hecho de convertir en una infracción criminal la mera integración en un colectivo —es decir, los delitos de organización— supone una reacción excepcional frente a determinadas organizaciones, organizaciones que presentan un injusto específico. En consecuencia, parece conveniente regular conjuntamente todas las formas de delitos de organización; de hecho, la inclusión de la organización terrorista en el delito general de asociación ilícita en el CP 1995 fue saludada como muestra de «normalización» por la doctrina³⁰. En efecto, no parece que sea conveniente desgajar la pertenencia a una organización terrorista de la disciplina general de la integración en una organización criminal. Si el miembro de una organización criminal que trafica con drogas es aprehendido por la regulación general de la organización criminal, pero en el caso del terrorismo, la regulación se ubica en otro lugar, lo que el legislador subraya es lo especial del terrorismo en el plano simbólico —un mensaje inconveniente para un ordenamiento que asume el carácter de delito común (y no excepcional o político) del acto terrorista—.

b) CONDUCTAS DE PERTENENCIA (art. 576.1 y 2)

La descripción de los niveles directivos —pertenencia cualificada— se simplifica y se enriquece con las conductas de constituir u organizar, además de promover y dirigir.

La conducta de mera pertenencia³¹ se describe ahora con más detalle que en la regulación antecesora, en el art. 516.2 CP, que sólo se refería al «integrante» sin más. Sin embargo, la formulación utilizada puede dar la impresión —aún más que la regulación anterior— de que se puede «formar parte» sin «participar activamente» en una organización terrorista (al contraponer a los que participen activamente frente a los que formen parte). Esta regulación desconoce la realidad de las organizaciones terroristas, en la que no hay nada parecido a una «militancia pasiva».

La nueva descripción puede contribuir —intensificando ciertas tendencias en este sentido en la jurisprudencia de los últimos años³²— a llevar al delito de pertenencia, castigado con

²⁹ Vid. la argumentación en CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, pp. 77 y ss., 80 y s.; IDEM, EN DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, *Estudios*, pp. 668 y ss.

³⁰ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, pp. 194 y ss.

³¹ Vid. el análisis de ese comportamiento típico en CANCIO MELIÁ, LH Mir Puig, pp. 987 y ss.; IDEM, FS Puppe, pp. 1449 y ss.

³² CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, pp. 212 y ss.

penas severísimas, a una especie de delito de adhesión, de identificación con el ideario, y resulta por ello rechazable³³, ahora igual que antes.

c) CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN O GRUPO (art. 571.3)

Respecto de la definición de la organización o grupo terrorista cabe destacar dos cuestiones: por un lado, la eliminación del término «banda armada»; por otro, la remisión a las definiciones generales de «organización» y «grupo» en los delitos de organización comunes. Estas modificaciones afectan al llamado elemento estructural de la noción de organización terrorista, sin alterar el concepto típico en lo que se refiere al programa colectivo de la organización o a la definición del elemento instrumental del terrorismo.

aa) El término «*banda armada*» (presente junto con la organización y el grupo terrorista en la regulación del CP 1995), de larga tradición en la legislación especial antiterrorista española, resultaba potencialmente perturbador, al abrir la puerta a la consideración de que también una «banda armada» dedicada a la delincuencia común pudiera ingresar en el concepto típico (recuérdese, por ejemplo, que en el caso de Santiago Corella *El Nani*³⁴, la detención policial que dio lugar a la desaparición se hizo al amparo de la legislación especial —que comprendía también las «bandas armadas»— de la LO 11/1980), es decir, podía desdibujar los contornos típicos del concepto de terrorismo. En este sentido, su eliminación resulta positiva³⁵.

Sin embargo, lo cierto es que ese riesgo de indefinición había sido ya conjurado por la jurisprudencia, constitucional y ordinaria³⁶, que había establecido una interpretación estricta de la noción de «banda armada», incluyéndola dentro del concepto de organización terrorista.

bb) Permanece inalterada la descripción típica del *programa* de la organización terrorista (subversión del orden constitucional o alteración grave de la paz pública; tampoco queda afectado el elemento —no escrito— del terrorismo instrumental [producción de intimidación masiva mediante delitos graves contra las personas]³⁷), pero se modifica profundamente la caracterización de la organización terrorista en sí misma, es decir, su definición estructural: aunque la regulación anterior incluía ya, junto con la banda armada, a la organización y al

³³ Vid. también CANO PAÑOS, LLP 86 (2011), III., con ulteriores referencias; LLOBET ANGLÍ (*Memento Reforma*, n.m. 6039) considera inconstitucional esta interpretación.

³⁴ STS 25.6.1990.

³⁵ Vid. también CANO PAÑOS, LLP 86 (2011), III., y la DA 1.º LO 5/2010, que extiende la eliminación —aspecto olvidado en el AP— a los preceptos no afectados por la reforma.

³⁶ Cfr. STC 199/1987; STS 2/1998 (29.7.1998); vid. también STS 1127/2002 (17.7.2002); 1541/2004 (30.12.2004); 556/2006 (31.5.2006); en detalle, CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, pp. 162 y ss., con ulteriores referencias.

³⁷ CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, pp. 154 y ss., 167 y ss., 176 y ss.; IDEM, LH Gimbernat Ordeig t. II, pp. 1879 y ss., con ulteriores referencias.

grupo terrorista, no ofrecía ningún elemento para definir esas tres alternativas, sino que se limitaba a enunciarlas. De hecho, parece que la nueva regulación de los delitos de organización comunes, que distingue entre un tipo de organización delictiva en sentido estricto (la «organización criminal», art. 570 bis) y esa especie de tipo de recogida u organización delictiva de menor cuantía que es el «grupo criminal» del art. 570 ter, de algún modo se inspira —junto con figuras próximas, pero no de necesaria inclusión en las normas internacionales— en la regulación existente en el CP 1995 para las infracciones de terrorismo.

Al margen de lo inadecuado y vaporoso de la distinción entre estas dos figuras, si se pretende que ese nuevo modelo sea una adaptación de la descripción típica en materia de terrorismo, se ignora la jurisprudencia del TS al definir los conceptos de organización y grupo terrorista (que no la «respuesta penal» de la que habla el legislador³⁸), ya que siempre se ha identificado en ella ambas menciones, subrayando que tratándose de un mismo concepto (caracterizado, además de por un programa político terrorista, por la presencia de las notas de permanencia, división de tareas y estructura funcional), la inclusión del «grupo» sólo debía servir para poner en claro que las dimensiones numéricas de la organización no resultaban decisivas para su calificación³⁹. Además, cuando el legislador alude —buscando de modo ostentoso sintonía con lugares comunes propios de cierta opinión publicada—, para justificar su ocurrencia, a las peculiaridades de «determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional»⁴⁰, desconoce que no ha habido dificultades en la aprehensión típica de estos grupos —como muestra un somero repaso de la jurisprudencia⁴¹—: el comando —unidad que ejecuta atentados o labores de información o aprovisionamiento— en el que por necesidades operativas siempre se integran los autores de delitos terroristas —también en las nuevas formas de organización, aunque mantengan conexiones superficiales, *en red*, con la organización matriz— cumple perfectamente con los requisitos del concepto de organización, y de hecho, hay ya cierto número de condenas en España por pertenencia a este tipo de células. No era necesario diluir el concepto unitario de organización terrorista⁴².

Por lo tanto, la diferenciación entre organización y grupo que ahora ordena el art. 571.3, aplicando la nueva definición general, es un curioso *boomerang* que golpea no sólo a la definición de los colectivos de criminalidad organizada común⁴³, sino también a la regulación de las infracciones de terrorismo: derivado de una comprensión errónea de lo que la doble mención ha significado en los delitos de terrorismo, además de una lectura interesada y expansionista de las normas internacionales y de la UE, una vez exportada a los delitos de organización comunes, retorna al terrorismo para desordenar y

³⁸ Preámbulo, XXIX, párrafo segundo.

³⁹ CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, p. 157, pp. 158 y ss., 161.

⁴⁰ Preámbulo, XXIX, párrafo tercero.

⁴¹ *Vid.*, por ejemplo, SAN 36/2005 (secc. 3.ª) 26.9.2005; 6/2007 (secc. 1.ª) 7.2.2007).

⁴² CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, p. 161.

⁴³ *Vid.* CANCIO MELIÁ, en: DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, *Estudios*, pp. 668 y ss.

confundir una noción que estaba perfectamente establecida en la jurisprudencia en lo que se refiere a los elementos estructurales del concepto de organización. Nada hay en la DM 2008, ni tampoco en la nueva fenomenología del terrorismo, que justifique este deterioro en la descripción legal.

2. Colaboración

En cuanto a los comportamientos de colaboración con una organización terrorista, la reforma incorporó dos nuevas incriminaciones: por un lado, se ha introducido en el art. 576 un nuevo número tercero, que tipifica —con las mismas penas que las alternativas de comportamiento previstas en los dos primeros números— los comportamientos de captación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación, cuando éstos estén dirigidos a la incorporación de otros a una organización terrorista, o a la comisión de algún delito de terrorismo. Por otro lado, se resucita el art. 576 bis (que incluyó fugazmente un delito de desobediencia por financiación de grupos políticos ilegales o disueltos, hasta su derogación mediante LO 2/2005) para incorporar comportamientos de provisión o recolección de fondos destinados a actividades terroristas.

a) CAPTACIÓN, ADOCTRINAMIENTO, ADIESTRAMIENTO O FORMACIÓN (art. 576.3)

La nueva regulación pretende cerrar los contornos típicos del delito de colaboración en cuanto a lo que podría denominarse *agitación*, *propaganda*, *proselitismo* y *formación* de las organizaciones terroristas, orientada tanto a la incorporación de nuevos miembros como, en general, a la comisión de delitos terroristas. Se invocan aquí por el legislador de modo central, como se verá, las necesidades de tipificación planteadas por la DM 2008.

Esta adición resulta innecesaria, redundante y perturbadora. En primer lugar, la tipificación es innecesaria por razones de hecho: las conductas de captación, adiestramiento y formación de sujetos para su integración en una organización terrorista son conductas típicas de los *miembros* de la propia organización, como es lógico —no es común que una organización terrorista encargue esta actividad a personas que no son de su máxima confianza, es decir, que la integran—, y, por lo tanto, se encuentran ya perfectamente abarcadas, por este lado, por el delito de pertenencia a organización terrorista. En segundo lugar, si en alguna ocasión pudiera haber un *outsourcing* de esa actividad a personas que no son miembros de la organización, todas las modalidades de comportamiento se hallaban ya tipificadas en cuanto conductas de colaboración, desde el principio, en los números primero y segundo del art. 576⁴⁴. Como muestra una lectura superficial del texto del art. 576.2, que con-

⁴⁴ Así también GARCÍA ALBERO, *La reforma*, p. 376; LLOBET ANGLÍ, *Memento Reforma*, n.m. 6106.

tiene la mención expresa «la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas», junto con una cláusula general que incluye «cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación», es claro que la tipificación de este nuevo número es completamente innecesaria: resulta evidente que si la organización de un entrenamiento, o incluso la participación en éste, es colaboración, tanto más lo será la captación de miembros, el adiestramiento o la formación⁴⁵. En tercer lugar, la nueva regulación resulta muy perturbadora por su cuarta vertiente de comportamiento. La conducta identificada como «adoctrinamiento» abre la vía a que se incriminen aquí meras manifestaciones de opinión. ¿Cómo definir el adoctrinamiento, distinguiéndolo de la libre expresión de ideas? ¿Cómo diferenciarlo de las conductas de «justificación» de los delitos terroristas o de sus autores, amenazadas con pena muy inferior en el art. 578? ¿Qué significa que el adoctrinamiento está «dirigido» a la comisión de delitos de terrorismo (recuérdese: sin que sea constitutivo de proposición o provocación, ya incriminadas en el art. 579.1⁴⁶)? Los problemas de interpretación y concursales no tienen fin. El principio de legalidad —en su expresión en el mandato de determinación— se vulnera gravemente⁴⁷.

Finalmente, debe constatar que el legislador no se ajusta a la realidad cuando se refiere⁴⁸ a la Decisión Marco de la UE 2008/919/JAI para explicar la nueva tipificación⁴⁹: la DM no menciona en ningún momento el «adoctrinamiento» —sólo se refiere a la «provocación a la comisión de un delito terrorista» (además de a la captación y el adiestramiento, ya incluidos, como se acaba de indicar, en el art. 576.1)—, y, en cambio, sí establece (considerando 14) que «la expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión marco, y, en especial, de la definición de la provocación a la comisión de delitos de terrorismo.» ¿Qué tiene esto que ver con el «adoctrinamiento» de la reforma española? En este sentido, los misteriosos —por no explicitados— «problemas de encaje legal»⁵⁰ a los que alude el legislador en esta materia o no existen (ya estaban aprehendidas las conductas relevantes en el antiguo art. 576) o son problemas de encaje con un Estado de Derecho⁵¹. La UE no es responsable de este exceso, sólo sirve —una vez más— de superficial pretexto.

⁴⁵ Vid., por ejemplo, STS 800/2006 (13.7.2006); 16.2.1999; AAN (secc. 4.ª) 8.2.2001; cfr. CANCIO MELIÁ, en: CUERDA RIEZU/JIMÉNEZ GARCÍA (dir.), *Nuevos desafíos*, pp. 76 y ss.; IDEM, *Los delitos de terrorismo*, pp. 229 y ss., 248 y ss., con ulteriores referencias.

⁴⁶ Así también LLOBET ANGLÍ, *Memento Reforma*, n.m. 6110 y ss.

⁴⁷ En esta línea también MUÑOZ CONDE, *PE*¹⁸, pp. 929 y s.; VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU/MIRA BENAVENT, en: VIVES ANTÓN *et al.*, *PE*³, pp. 792 y s.

⁴⁸ Preámbulo, XXIX, párrafo cuarto.

⁴⁹ Así también GARCÍA ALBERO, *La reforma*, pp. 374 y s.

⁵⁰ Preámbulo, XXIX, párrafo cuarto.

⁵¹ Nótese que, de nuevo, se ignora ostensiblemente la doctrina sentada en la STC 136/1999, en la que se declaró inconstitucional, por desproporcionada, la inclusión en el delito de colaboración con organización terrorista de comportamientos muy diversos en un mismo marco penal; vid. LLOBET ANGLÍ, *Memento Reforma*, n.m. 6115.

b) FINANCIACIÓN (art. 576 bis)

La reforma presentó una segunda novedad en materia de colaboración: la tipificación de comportamientos relacionados con la financiación de las organizaciones terroristas. En el número primero del art. 576 bis se incrimina la provisión o recolección de fondos; en el número segundo, una conducta imprudente en relación con la financiación dolosa, y se establece la responsabilidad de las personas jurídicas en el tercero.

En la *modalidad dolosa*, el comportamiento —realizado «por cualquier medio, directa o indirectamente»— consiste en proveer o recolectar fondos para la comisión de delitos terroristas, o para una organización terrorista. Como aclara el propio texto, basta con que la conducta se realice «con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados», es decir, que no es necesario que se produzca un efectivo allegamiento de los fondos. El delito pasa, entonces, a girar en torno de los elementos subjetivos «con la intención» y «a sabiendas», con todas las dificultades probatorias que ello conlleva. Esta definición de la conducta reproduce sin más —en una importación directa sin reconversión o adaptación— la definición contenida en el art. 2 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo de 9.12.1999 (entrada en vigor el 9.5.2002).

En todo caso, también aquí estamos ante una tipificación completamente innecesaria y redundante⁵². Las conductas de apoyo económico efectivo incluidas en el nuevo texto están ya contempladas como forma de colaboración con organización terrorista en el art. 576 —o en el preexistente e igualmente redundante⁵³ art. 575⁵⁴—, de modo que no tiene sentido su nueva tipificación.

Cuando se trata del mero acto de recolectar «con la intención de que se utilicen», pero sin entrar en contacto efectivo con la organización, la tipificación supone castigar sólo la intención, y, además, con la *misma pena* que a quien averigua los datos personales de un sujeto, o quien provee armas o fondos, es decir, quien realiza las conductas más graves de colaboración del art. 576.1: de nuevo, el legislador ignora por completo la STC 136/1999 (caso mesa nacional Herri Batasuna), que advertía acerca de la inconstitucionalidad de una tipificación sin límite e indiscriminada. La confusión hoy existente entre el art. 576 y el 575 (que subsiste), que ha dado lugar a que casos exactamente iguales reciban penas dispares, se verá incrementada por esta nueva figura completamente innecesaria. El legislador estaba advertido: ya el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el AP de 2007 (de 2.2.2009) indicaba que, en todo caso, la sede para este precepto era una cláusula aclaratoria en el art. 576.2, so pena de generar «absurdos problemas concursales»⁵⁵.

La *modalidad imprudente* se refiere a la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que a su vez responde a la Directiva

⁵² Así también MUÑOZ CONDE, *PE*¹⁸, p. 930.

⁵³ *Vid.* en detalle CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, pp. 256 y ss.

⁵⁴ Así también GARCÍA ALBERO, *La reforma*, p. 377.

⁵⁵ *Vid.* también LLOBET ANGLÍ, *Memento Reforma*, n.m. 6139.

2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. Con independencia de la valoración de este mecanismo legal, parece claro que esta infracción no debería haber sido incluida entre los delitos de terrorismo: el injusto de esta infracción es el del blanqueo de capitales —ubicación elegida, por ejemplo, por el legislador alemán—. En todo caso, no se trata de un delito de terrorismo, ya que carece de los elementos esenciales de estas infracciones, que son necesariamente dolosas.

3. Delito de propaganda

Finalmente, la reforma incorpora en el segundo párrafo del art. 579.1 un nuevo tipo residual que cabe calificar de *delito de propaganda*, ya que las conductas típicas aprehendidas son las de distribuir o difundir —por cualquier medio— «mensajes o consignas» dirigidos a «provocar, alentar o favorecer» delitos terroristas, «... generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión». Se trata, entonces, de una infracción de peligro: los mensajes o las consignas deben estar directamente vinculados con el riesgo de comisión.

La nueva redacción debe ser calificada como tipificación profundamente errada y claramente inconstitucional, que generará importantes dificultades de aplicación. El legislador continúa aquí con una deriva que conduce a la criminalización de la adhesión ideológica⁵⁶.

En cuanto a lo primero, aunque la referencia a la génesis del riesgo es una especie de guiño a la STC 235/2007 (en la que el TC declaró constitucional el delito de justificación de un genocidio —e inconstitucional la incriminación de la mera negación— si ésta se entendía como incitación indirecta a cometer los hechos), además de una pequeña importación parcial de la DM 2008/919/JAI, lo cierto es que en su conjunto, no parece que este texto pueda considerarse conforme a la Constitución. En el presente caso, se trata lisa y llanamente de la tipificación de la adhesión ideológica, es decir, algo que incluso es menos que la apología o la justificación⁵⁷ (también el Consejo de Estado señaló en su informe al AP que la figura necesitaba una restricción)⁵⁸. Si se suman la presente infracción, la nueva modalidad de «adoctrinamiento» en el art. 576.3, el delito de amenazas terroristas del art. 170.2 y el actual delito de enaltecimiento del art. 578⁵⁹, se obtiene en el plano del derecho sustantivo una extensión de la tipificación de delitos terroristas hasta la mera manifestación de opinión⁶⁰, y en el procesal, una preocupante batería de posibilidades de intervención del aparato de persecución penal abierta por los delitos de manifestación. Parece claro que se ha cruzado el umbral de lo que la Constitución de un Es-

⁵⁶ CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, pp. 248 y ss., con ulteriores referencias.

⁵⁷ En palabras de VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU/MIRA BENAVENT, *PE*³, p. 795, se castigan «actos preparatorios de actos preparatorios».

⁵⁸ GARCÍA ALBERO, *La reforma*, p. 377, denomina a la figura «provocación impropia».

⁵⁹ *Vid.* los esfuerzos de delimitación de LLOBET ANGLÍ, *Memento Reforma*, n.m. 6177 y ss.

⁶⁰ *Vid.* también la enmienda n.º 217 en el Senado (Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés): «mera adhesión ideológica», «delito de opinión que excede claramente del castigo de actos preparatorios».

tado de Derecho permite⁶¹. También debe subrayarse, finalmente, que el legislador falta a la verdad, de nuevo, cuando invoca⁶² la Decisión Marco de la UE 2008/919/JAI como justificación de la introducción de esta figura⁶³. La DM sólo demanda la inclusión de la «provocación a la comisión de un delito de terrorismo», entendida como difusión de mensajes *destinados a inducir a la comisión* de delitos terroristas, un comportamiento que ya estaba tipificado en el CP y que es distinto del que ahora ha incluido la reforma: una cosa es inducir, y otra alentar o favorecer.

En cuanto a lo segundo, mediante una tipificación vaporosa —lesiva del principio de legalidad⁶⁴—, se abre la puerta, también aquí, a interminables confusiones concursales e interpretativas y, potencialmente, a efectos contraproducentes en la práctica: ¿«alienta» la «perpetración» de delitos terroristas gritar «gora ETA militarra»? ¿O no era una conducta de exaltación del art. 578? ¿O quizás una provocación del art. 579.1 I? ¿O puede pensarse que implica «reclamar públicamente la comisión de acciones violentas» por parte de la organización terrorista, conducta prevista en el art. 170.2? ¿«Provoca» en el sentido de la presente disposición la comisión de esas infracciones gritar «gora Euskal Herria askatuta»? ¿Y «favorece» el terrorismo llevar una camiseta con la imagen de Osama Bin Laden? ¿De Arnaldo Otegi? ¿Del Che Guevara? ¿De Onésimo Redondo? ¿De Espartaco?

¿Es parte de una política criminal racional detener y procesar por un delito de terrorismo a los sujetos que incurran en este tipo de manifestaciones? El legislador alemán —que fue muy lejos en este terreno en los años setenta y ochenta del siglo pasado— suprimió la incriminación de las conductas de propaganda en el año 2001, limitándola a los supuestos en los que son integrantes de la organización quienes utilizan la conducta para captar miembros. Que el legislador español de 2010 hable aquí —con un lenguaje impropio, pero muy revelador— de «caldo de cultivo»⁶⁵ advierte acerca de las posibilidades de criminalizar a todo tipo de simpatizantes o supuestos simpatizantes —un fenómeno de acción-reacción⁶⁶ que no por conocido deja de ser promovido mediante esta nueva tipificación.

IV. CONCLUSIONES

1. Una primera consideración la merece la ubicación sistemática de los delitos de organización en su conjunto. Estas infracciones —y los delitos de terrorismo, de modo especial— se caracterizan porque ponen en cuestión el monopolio de la violencia del Estado⁶⁷, y me-

⁶¹ Así también MUÑOZ CONDE, *PE*¹⁸, p. 935.

⁶² Preámbulo, XXIX, párrafo cuarto.

⁶³ Así también GARCÍA ALBERO, *La reforma*, p. 377; PORTILLA CONTRERAS, *La Reforma*, p. 381.

⁶⁴ En este sentido también la enmienda n.º 5 en el Senado (Sampol i Mas PSM-EN).

⁶⁵ Preámbulo, XXIX, párrafo cuarto.

⁶⁶ *Vid.* sólo CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, pp. 62 y ss., 72 y ss., 77, con ulteriores referencias.

⁶⁷ CANCIO MELIÁ, FS Jakobs, pp. 27 y ss., 48 y ss.; IDEM, RGDP 8 (2007), pp. 22 y ss., 40 y ss.; logra una sintética y clara descripción de las diversas opciones de fundamentación SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en GÓMEZ TOMILLO, *ComCP*, pp. 1922 y s.

diante las infracciones de terrorismo, como el propio Código señala, se pretende, además, «subvertir el orden constitucional»⁶⁸. Por ello, el lugar sistemático que corresponde a los delitos de organización en la Parte Especial es el de los delitos contra la Constitución⁶⁹.

2. Por otro lado, la valoración de la reforma de la tipificación de los diferentes delitos de terrorismo que antes se ha expuesto resulta sencilla: se la puede caracterizar sintéticamente como justo lo contrario de la «profunda reordenación y clarificación del tratamiento penal» que el legislador reivindica para su trabajo respecto de estas infracciones⁷⁰. Como deriva de lo expuesto en las páginas anteriores, el legislador —sin mejorar ninguno de los múltiples defectos que presentaban estas infracciones ya antes—, desordena (una regulación ya hecha sin mucho criterio, y reformada con menos aún) y confunde (un elenco de normas que ya tenía muchas zonas oscuras). Con una factura técnica lamentable, los contenidos de la reforma en este ámbito basculan entre lo innecesario y redundante y lo claramente inconstitucional. La regulación antiterrorista más extensa y severa de Europa sufre un nuevo deterioro, creando nuevos problemas a los órganos judiciales llamados a aplicar las normas creadas con tanta ligereza.

En primer lugar, la reforma desdibuja, como se acaba de decir, el concepto de organización terrorista —hasta banalizarlo— al introducir el régimen general de diferenciación entre organizaciones y grupos criminales, y erosiona la definición típica de la conducta de pertenencia. En segundo lugar, se produce —con una técnica redundante y defectuosa— una extensión insoportable de los confines de la colaboración con una organización terrorista y de los actos preparatorios. Todo ello, invocando como un mantra la DM 2008/919/JAI para justificar reformas que nada tienen que ver con lo que esa norma establece⁷¹. El impacto de la DM 2008 puede calificarse, por tanto, de servir de pretexto para una ampliación de la regulación española.

La conclusión que se impone es que en este ámbito, el único objetivo de los agentes políticos que la han impulsado era la reforma por la reforma, o, más exactamente, la reforma por el hecho de poder comunicar que se había ampliado «algo» en materia de terrorismo, estableciendo un marco de regulación en el que cualquier proximidad ideológica con los

⁶⁸ O, en palabras del Preámbulo de la LO 5/2010: estas infracciones atentan «directamente contra la base de la democracia» (XVII, párrafo cuarto), respecto de los delitos de organización comunes, o, respecto de los delitos de terrorismo, suponen «la mayor amenaza para el Estado de Derecho» (XXIX, párrafo tercero).

⁶⁹ Así ya CANCIO MELIÁ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO/JORGE BARREIRO, *ComCP*, pp. 1272 y s., 1285, 1385; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en GÓMEZ TOMILLO, *ComCP*, p. 1923, con ulteriores referencias.

⁷⁰ Preámbulo (XXIX, primera frase).

⁷¹ A título de ejemplo cabe mencionar que la transposición de la DM en Alemania (un país con un Derecho penal antiterrorista que cabe calificar de severo), operada mediante la introducción en 2009 de los nuevos §§ 89a, 89b y 91 StGB, ha generado en la doctrina de ese país una reacción muy crítica: así, por ejemplo, habla el autor de la monografía de referencia en la materia de que la reforma supone la «bienvenida a Absurdistán», ZÖLLER, GA 11/2010, pp. 607 y ss. con ulteriores referencias— supone aprehender conductas que ya se consideraban incluidas en España en los arts. 576 o 579 (vid. también sobre la reforma en aquel país GAZEAS/GROSSE-WILDE/KIESSLING, NSiZ 2009, pp. 593 y ss.; ampliamente PETZSCHE, *Die strafrechtliche Bekämpfung*). El Derecho de la UE como coartada, pero con ignorancia provinciana del Derecho comparado.

planteamientos de terrorismo permitirá una persecución selectiva de un «entorno» vaporoso de las organizaciones terroristas. En este sentido, la nueva formulación es agua sobre el molino de los terroristas.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, y GONZÁLEZ, Hortensia, «Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales», *Análisis (ARI)* n.º 7/2006, Real Instituto Elcano, www.realinstitutoelcano.org
- ASÚA BATARRITA, Adela, «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental», en: Área de Derecho penal (ed.)/ECHANÓ BASALDÚA (coord.), *Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón. Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Deusto. Magistrado de la Audiencia Provincial de Bizkaia*, 2002, pp. 41 y ss.
- CALAMITA REMEZAL, Mario, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 2008.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, en: Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/Agustín JORGE BARREIRO, *Comentarios al Código penal*, 1997.
- «“Derecho penal del enemigo” y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000», en: *JpD* 44 (2002), pp. 19 y ss.
 - «Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung», en: PAWLIK/ZACZYK (ed.) *et al.*, *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, 2007, pp. 27 y ss.; «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado», *RGDP* 8 (2007).
 - «Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código penal español», en: CUERDA RIEZU/JIMÉNEZ GARCÍA (dir.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, 2009, pp. 76 y ss.;
 - *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, 2010.
 - «Delitos de terrorismo», en: GARCÍA ÁLVAREZ/GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, pp. 521 y ss.
 - «Delitos de terrorismo», en: Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2011*, 2010.
 - «El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código penal español», en: LUZÓN PEÑA (ed.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig por su investidura como Doctor honoris causa en la Universidad de Alcalá*, 2010, pp. 987 y ss.; «Die Mitgliedschaft in einer terroristischen Organisation im spanischen Strafrecht», en: PAEFFGEN *et al.* (ed.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, pp. 1449 y ss.
 - «Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo», en: Julio DÍAZ-MAROTO VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, 2011, pp. 643 y ss.
 - «The Reform of Spain's Antiterrorist Criminal Law and the 2008 Framework Decision», en: Francesca GALLI/Anne WEYENBERGH (ed.), *EU counter-terrorism offences: what impact on national legislation and case-law?*, 2012, pp. 99 y ss.