

48

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HIS PRÆVIDE ET PRO

Revista

Julio 2021

48

Revista Penal

Penal

Julio 2021



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 48

Sumario

Doctrina:

- Aporofobia y delito: la criminalización del top manta, por *Demelsa Benito Sánchez*..... 5
- Exclusión social y criminalidad: un análisis de las instituciones aporóforas a través de los delitos patrimoniales, por *Isabel García Domínguez*..... 33
- El elemento subjetivo del delito de autocapacitación terrorista (art. 575,2 CP): una nueva interpretación, por *Carmen González Vaz*..... 58
- La representación de la violencia filio-parental en *Quién te cantará* (Vermut, 2018), por *Jorge Gracia Ibáñez* y *Ana L. Cuervo García*..... 74
- Pertinencia de la formación universitaria en Criminología y Criminalística, por *Wael Sarwat Hikal Carreón* 85
- La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida, por *Cristina Isabel López López*..... 94
- Abogados y profesores en los juicios de Núremberg, por *Francisco Muñoz Conde* 110
- The Ayotzinapa case as an example of how corruption, impunity and core crimes intertwine, por *Francisco Muñoz-Conde* y *Tania Ixchel Atilano* 121
- Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social, por *José Manuel Paredes Castañón* 132
- La ocupación de un inmueble sin violencia o intimidación: un delito innecesario, por *Ana Isabel Pérez Cepeda* 143
- Incumplimiento de las obligaciones exigibles y concepto penal de insolvencia, por *Mario Sánchez Dafauce* 163
- Franz Exner (1881-1947), por *Sebastian Scheerer* y *Dors Lorenz* 190
- El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable, por *José Luis Serrano González de Muriello* 205

Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal 2018-2021. (*Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2018-2021*)..... 216

Bibliografía:

- **Recensión:** “La contracción del Derecho procesal penal” de Juan- Luis Gómez Colomer (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020), por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 285

Fe de erratas 287

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Jiajia Yu (China)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Ana Cecilia Morun y Francisco Álvarez Martínez (República Dominicana)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Fabio Nicolichia y Francesco Rossi (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



El elemento subjetivo del delito de autocalificación terrorista (art. 575,2 CP): una nueva interpretación

Carmen González Vaz

Revista Penal, n.º 48. - Julio 2021

Ficha técnica

Autor: Carmen González Vaz

Adscripción institucional: Profesora de Derecho Penal de la Universidad Isabel I

Title: The subjective element of the crime of terrorist self-training (art. 575,2 of the Spanish Penal Code): a new interpretation

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: UNA APROXIMACIÓN AL DELITO DE “AUTO-ADOCTRINAMIENTO” TERRORISTA (ART. 575.2 CP) II. CAPACITARSE COMO PRIMER ELEMENTO DEL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA (ART. 575.2 CP). 1. Interpretación actual del término “capacitación”. Polémica principal. 2. Contenido y límites del Derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión del art. 16 CE. III. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA “PRESUNCIÓN” DEL RADICALIZADO TERRORISTA. 1. Introducción. 2. El derecho a la presunción de inocencia como derecho fundamental y regla de juicio: incompatibilidades con el delito de “auto-adoctrinamiento” terrorista. IV. EL DELITO DE “AUTOCAPACITACIÓN” TERRORISTA: UNA PROPUESTA DE NOMEN IURIS. Bibliografía.

Summary: I. INTRODUCTION: AN APPROACH TO THE CRIME OF TERRORIST “SELF-ADOCTRINATION” (ART. 575.2 CP). II. TRAINING AS THE FIRST ELEMENT OF THE SUBJECTIVE TYPE OF THE CRIME OF TERRORIST SELF-ADOCTRINATION (ART. 575.2 CP). 1. Current interpretation of the term “training”. Main controversy. 2. Content and limits of the Right to freedom of conscience, thought and religion of art. 16 CE. III. THE RIGHT TO THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE “PRESUMPTION” OF THE RADICALIZED TERRORIST. 1. Introduction. 2. The right to the presumption of innocence as a fundamental right and a rule of trial: incompatibilities with the crime of terrorist “self-indoctrination”. IV. THE CRIME OF TERRORIST “SELF-TRAINING”: A PROPOSAL BY NOMEN IURIS. Bibliography.

Resumen: La actual interpretación de la primera finalidad del elemento subjetivo del delito de autocalificación terrorista (art. 575.2 CP) es una de las principales polémicas de dicha conducta típica. Interpretarla como “adoctrinarse” y no como “capacitarse”, pone en riesgo no solo a principios político-criminales, sino también a derechos fundamentales como el derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y religión (art. 16 CE). Así, este delito a puesto en tela de juicio el Derecho Penal del Hecho y el Derecho Penal de garantías, posicionándose como un ejemplo de Derecho Penal de Autor y, por ende, un Derecho Penal del Enemigo.

Palabras clave: Autoadoctrinamiento; capacitarse; derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y religión; radicalización; terrorismo yihadista

Abstract: The current interpretation of the first purpose of the subjective element of the crime of terrorist self-training (art. 575.2 CP) is one of the main controversies of such criminal offence. Interpreting it as “indoctrination” and not as “training” puts at risk not only political-criminal principles, but also fundamental rights such as the right to freedom of ideology, thought and religion (art. 16 CE). Thus, this crime has put in doubt the Criminal Law of the Fact and the

Criminal Law of guarantees, positioning itself as an example of Criminal Copyright Law and, therefore, a Criminal Law of the Enemy.

Key words: self-Indoctrination; qualify; The right to freedom of thought and religion; radicalization; jihadist terrorism

Observaciones: Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Análisis interdisciplinar de la represión penal del discurso terrorista”, AIRPENDIT, de referencia PGC2018-094602-B-100, financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), por el Ministerio de Ciencia e Innovación y por la Agencia Estatal de Investigación, cuyos investigadores principales son el Dr. Dn. Alfonso Galán Muñoz y la Dra. Dña. Carmen Gómez Rivero. Igualmente, el trabajo es resultado de una estancia de investigación desarrollada en la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, durante el curso 2018/2019.

Rec.: 01-04-2021 **Fav.:** 14-04-2021

I. INTRODUCCIÓN: UNA APROXIMACIÓN AL DELITO DE “AUTO-ADOCTRINAMIENTO” TERRORISTA (ART. 575.2 CP)

El 7 de enero de 2015 el mundo quedaría impactado por las imágenes de los atentados de Charlie Hebdo¹ por parte de simpatizantes de la organización terrorista DAESH. Meses después, el 13 de noviembre, se producirían los ataques de Bataclán, dejando 130 víctimas mortales². Los atentados de París y un gran número de ataques posteriores en suelo occidental fueron reivindicados por la misma organización terrorista: DAESH.

La organización terrorista conocida también como Estado Islámico, cambió los paradigmas del terror, provocando que los Estados democráticos de Occidente se vieran forzados a cambiar sus estrategias. Y es que dicha organización terrorista es capaz de captar a personas que poca o ninguna relación tienen con el Islam, sacando partido, especialmente, de internet y de las redes sociales en particular³.

De este modo, y de acuerdo con Radicalization Awareness Network⁴, más de 42.000 combatientes extranjeros de 120 países distintos viajaron a territorio controlado por DAESH y, de estos, al menos 5.000 procedían de Estados miembros de la Unión Europea. No es de extrañar pues, que la comunidad internacional en conjunto y los Estados de forma individual comenzasen a

diseñar sus propias estrategias para combatir dicho fenómeno, apostando, sobre todo, por la política criminal y el Derecho Penal. Es así como en 2015 se promulga en España la LO 2/2015. Entre las muchas novedades que trae consigo, encontramos un tipo delictivo que ha sido recibido con gran polémica por la doctrina: el delito de “auto-adoctrinamiento” terrorista, regulado en el art. 575.2 CP.

Este tipo delictivo viene a paliar fenómeno del conocido como “lobo solitario”, castigando a todo sujeto que, mediante el acceso habitual a portales en línea o por medio de la posesión, consulte contenido de naturaleza terrorista que sea idóneo para unirse o a colaborar con este tipo de grupos u organizaciones. Enseguida, grandes figuras de la doctrina, como TERRADILLOS, denunciaron la incompatibilidad de dicho delito, llegando incluso a denominarlos como “delito orwelliano de pensamiento”⁵.

Aunque dicho tipo delictivo adolece de muchas incompatibilidades con el Estado de Derecho y con el Derecho Penal de garantías, la clave de su aplicación se encuentra en el elemento subjetivo. Este, además, se encuentra redoblado, es decir, el sujeto deberá llevar a cabo la conducta con el fin de, en primer lugar, capacitarse; y de, en segundo lugar, cometer delitos de terrorismo. De este modo, si el sujeto posee este tipo de material terrorista o accede a plataformas que las ofrez-

1 Noticia “Charlie Hebdo attack: Three days of terror”, en *BBC*, en (última consulta: 11/03/2021): <https://www.bbc.com/news/world-europe-30708237>

2 Noticia “Atentados en París: 130 muertos y 352 heridos”, en *El Mundo*, en (última consulta: 11/03/2021): <https://www.elmundo.es/internacional/2015/11/14/56475867268e3edf198b45d6.html>

3 TAPIA ROJO, M. E., “Análisis de la estrategia comunicativa del terrorismo yihadista: El papel de las redes sociales”, en *bie3: Boletín IEEE*, n. 1 (enero - marzo), 2016, pp. 374-375.

4 MEINES, M./MOLENKAMP, M., RAMADAN, O./RANSTORP, M., *RAN MANUAL. Responses to returnees: Foreign terrorist fighters and their families*, Editado por Centro de Excelencia de RAN, 2017, p. 15.

5 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. 48.

ca, pero no persigue dicho fin no se estará cometiendo dicho delito^{6/7}.

No obstante, la interpretación de este primer elemento subjetivo que realiza tanto la doctrina científica como la judicial, no es correcta. En efecto, el delito es conocido como “delito de auto-adocctrinamiento” terrorista, puesto que la primera de las finalidades ha sido entendida de este modo, es decir, como “adocctrinamiento” a pesar de que el precepto literal del art. 575.2 CP claramente establece que será “capacitación”.

Esto ha acarreado numerosos problemas pues, si estamos atentos, es posible comprobar que “adocctrinamiento” y “capacitación” no son sinónimos.

II. CAPACITARSE COMO PRIMER ELEMENTO DEL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE AUTOADOCCTRINAMIENTO TERRORISTA (ART. 575.2 CP)

1. Interpretación actual del término “capacitación”. Polémica principal

El tipo del art. 575.2 CP solo se podrá ver consumado si, junto con la realización de la conducta típica (elemento objetivo), concurre el elemento subjetivo que se encuentra redoblado: capacitarse para cometer delitos de terrorismo.

Así pues, la capacitación es una *conditio sine qua non* para que se pueda dar un delito de “auto-adocctrinamiento terrorista” del art. 575.2 CP⁸.

Esto, de hecho, tiene mucho sentido. Los atentados de DAESH, los cuales están cargados de un gran simbolismo, junto con la gran variedad de delitos de terrorismo, “obligan” al sujeto a someterse a un proceso de aprendizaje para poder perpetrar un atentado terrorista⁹.

Teniendo esto en cuenta pues, podemos decir que el término “capacitarse” se entendería desde un punto de vista objetivo, es decir, que consiste en llevar a cabo un proceso de aprendizaje. Así lo confirma la Real Academia Española (en adelante RAE) que entiende “capacitarse” como “hacer a alguien apto, habilitarlo para algo”¹⁰. Sin embargo, y aunque se trata de la interpretación justa del precepto, la doctrina no se adhiere a la misma.

Tanto la Audiencia Nacional (en adelante AN) como el Tribunal Supremo (en adelante TS) confunden los términos “capacitarse” y “adocctrinarse” o “radicalizarse”. Según la RAE, por “adocctrinar” se entenderá “inculcar a alguien determinadas ideas o creencias”¹¹, lo cual denota un elemento más subjetivo, más cercano al terreno de las “ideas”, palabra que aparece en dicha definición.

Y así es. Esto se pone de manifiesto en las distintas sentencias de la AN, entre las cuales se encuentra la SAN 39/2016, de 30 de noviembre ((*Tol 5901279*); PONENTE: CLARA EUGENIA BAYARRI GARCÍA), en la que el tribunal entiende como “finalidad de radicalizarse” el “avanzado estado del autoadocctrinamiento

6 De hecho, la función del tipo subjetivo resulta imprescindible, pues dotará “de contenido concreto a la infracción de la norma en tanto que infracción personal”. De este modo, únicamente merecerá reproche penal cuando la conducta “se expresa con un contenido subjetivo, es decir: con una determinada posición de la persona respecto a la norma infringida”. Vid. PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal*, 2ª Edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, p. 139.

Por su parte, y en la misma línea se encuentra TÉLLEZ AGUILERA, que se refiere a los elementos subjetivos del tipo como “aquellos que sirven al bien jurídico protegido, de tal manera que sin su presencia no se habrá cometido el tipo de injusto”. Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Derecho Penal. Parte General (adaptado a las reformas del Código Penal de 2015). Un estudio crítico desde la práctica judicial*, Ed. Edisofer, Madrid, 2015, p. 287.

7 Como destaca la Directiva europea 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017 “el mero hecho de visitar sitios web o de recopilar materiales con fines legítimos, como fines académicos o de investigación, no se considera recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de la presente Directiva”; por lo que será necesario este elemento subjetivo para que se pueda dar el delito del art. 575.2 CP. Vid. Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, *relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo*, párr. 11.

8 El mismo proceso de llevar a cabo el delito de autoadocctrinamiento forma parte de la preparación de cualquier delito de terrorismo. Al caracterizarse DAESH por tener un concreto y propio *modus operandi*, es imprescindible que los sujetos que quieran llevar a cabo estas acciones terroristas primero deban aprender el modo de desarrollarlas. Es decir, DAESH usa la simbología en cada uno de sus ataques como, por ejemplo, el uso de la bandera negra y las letras en blanco, la utilización recurrente de vehículos para realizar atropellamientos masivos, entre otros muchos.

9 DAESH cuenta con su propio *modus operandi*, el cual dispone en sus revistas online. Un ejemplo es Rumiyah que, al menos a partir del número 3, incluye una sección a la que llama “Just Terror”, en la que se muestra de modo pedagógico, cómo se deben llevar a cabo estas actividades terroristas. Sirva de modelo los números 2 y 3 de la revista Rumiyah, que contienen tácticas de ataque con cuchillos. Vid. “Edición 3: Shawwal”, en *Revista Rumiyah*, noviembre de 2016, pp. 46 y ss.

En el número 3, por poner un ejemplo más, la organización terrorista sugiere la utilización de furgonetas para perpetrar los ataques ya que no provocan tantas sospechas como la posesión de cuchillos o armas de fuego. Vid. “Edición 3...”, *op. cit.*, p. 48 y ss.

10 Definición de “capacitarse”, en Real Academia Española, en (última visita: 02/03/2021): <https://dle.rae.es/capacitar>

11 Definición de “radicalizar”, en Real Academia Española, en (última visita: 02/03/2021): <https://dle.rae.es/adocctrinar?m=form>

alcanzado por el acusado, quien había asumido total y plenamente los postulados y fines del Estado Islámico, colaborando de forma activa en la difusión de sus actividades, fines y doctrinas, en un estadio límite con el delito de colaboración con organización terrorista o, incluso, con el delito de pertenencia a la misma”.

Como se puede ver, la AN ha optado por adoptar una interpretación demasiado amplia, admitiendo un carácter más cercano a la fase interna del *iter criminis*, llegando a criminalizar este “pensamiento” al afirmar que el sujeto “ha asumido total y plenamente los postulados y fines del Estado Islámico”. Para este tribunal basta como acreditación de la actividad probatoria con pruebas circunstanciales como la publicación de comentarios y un “me gusta” en el perfil de DAESH en Facebook; asistir a cierta mezquita salafista¹², conocer a una persona que se trasladó a Siria y murió en la batalla, entre otras circunstancias (SAN 38/2016, de 7 de diciembre; (Tol 5914491); PONENTE: JULIO DE DIEGO LÓPEZ). Otro ejemplo de la postura tomada por la AN se encuentra en la SAN 3/2017, de 17 de febrero ((Tol 5969990); PONENTE: ENRIQUE LÓPEZ Y LÓPEZ) que determina que “se ha probado con plena certidumbre un agotado y cumplido estado del autoadotrinamiento por el acusado, habiéndose acreditado también que no solo había adquirido el sustrato ideológico suficiente como para poder integrarse en una organización terrorista de corte islámico, sino que estaba decidido y resuelto a hacerlo, restándole un acto final de juramento de fidelidad; el acusado había asumido total y plenamente los postulados y fines y doctrinas, situándose en la barrera divisoria con el delito de integración”.

Llegados a este punto, no se puede decir que la AN esté interpretando el precepto, ya que por “interpretación” se conoce aquella “tarea consistente en la atribución de significado a un enunciado”¹³. Consecuente-

mente, la AN ha realizado una analogía al cambiar un precepto (capacitarse) por otro (adoctrinarse).

Tanto la AN como el TS, como se verá a continuación, realiza una “extensión por semejanza o identidad de razón, de las consecuencias que la ley prevé para un caso a otro distinto que no es un caso límite de uso del enunciado legal, sino un paradigma negativo de referencia de éste”¹⁴. Además, la analogía, en cualquier caso, y más en este supuesto por no ser *in bonam parte* siquiera, resulta completamente “incompatible con el principio de legalidad penal”¹⁵. Tal y como defiende LAMARCA, “el principio de legalidad conlleva entonces dos exigencias o consecuencias jurídicas: de un lado, la prohibición del derecho consuetudinario, la ley debe ser *lex scripta* y, de otro, la prohibición de la analogía, esto es, el pleno sometimiento del juez al imperio de la ley, o, lo que es lo mismo, la prohibición de cualquier forma de creación judicial del Derecho mediante analogía o interpretación extensiva, la ley debe ser *lex stricta*”¹⁶.

El Derecho Penal se limita a castigar únicamente conductas¹⁷ y, tal y como opina SABELLA, la conducta tipificada “se encuentra en la frontera con el mero ejercicio de un derecho, en cuanto que no se caracteriza ni por la realización de actos preparatorios, ni por la pertenencia o la participación del sujeto agente a una asociación terrorista. La norma, por lo tanto, busca esencialmente prevenir o reprimir los hechos potencialmente realizables por aquellos que son conocidos como “lobos solitarios” o de por los *foreign fighters*, anticipando la tutela penal en un momento aun anterior a la realización de los actos preparatorios”¹⁸.

Contraer una nueva cosmovisión, aunque sea rechazada socialmente, no puede en ningún caso ser considerada como una conducta delictiva.

Volviendo entonces a la doctrina de la AN no sería correcta pues, la lectura de determinados temas, la frecuentación de ciertos lugares y la reunión con perso-

12 De acuerdo con GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, “el fundamentalismo islámico, o salafismo, es una vuelta a las fuentes, a los fundamentos originales, sometiendo al considerado “islam deformado” a una revisión, y a una limpieza, de tradiciones posteriores que, a juicio de los salafistas, han desvirtuado la naturaleza y el sentido estricto en la aplicación de la Ley Islámica, así como su interpretación con el paso del tiempo y las sucesivas generaciones”. Vid. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, M., “Definiendo términos: fundamentalismo, salafismo, sufismo, islamismo, wahabismo”, en *Pre-bie3*, n. 4, 2015, p. 6.

13 GÓMEZ LANZ, J., “La interpretación de la ley penal como actividad dogmática”, en *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, mayo-agosto 2008, p. 42.

14 *Ibidem*, p. 51.

15 *Ibidem*.

16 LAMARCA PÉREZ, C., “Principio de legalidad penal”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 1, septiembre 2011, - febrero 2012, p. 158.

17 DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 62/ Vid. CARUSO FONTÁN, M.V./PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Principios y garantías del Derecho Penal contemporáneo*, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 185.

18 SABELLA, P. M., “Il fenomeno del cybercrime nello spazio giuridico contemporaneo. Prevenzione e repressione degli illeciti penale connessi all'utilizzo di Internet per fini di terrorismo, tra esigenze di sicurezza e rispetto dei diritti fondamentali”, en *Informatica e diritto*, XLIII annata, Vol. XXVI, n. 1-2, pp. 170 y 171.

nas particulares no pueden asumirse como pruebas de la asunción de una doctrina. Hay que recordar que el Estado de Derecho se caracteriza por la convivencia de una pluralidad de tipos de personalidad y pensamientos, solo de este modo, se puede garantizar la libertad de las personas.

Lo pone de manifiesto la propia doctrina del TS en su STS 503/2008, de 17 de julio ((*Tol 1371325*), PONENTE: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA), la relativa al caso de los atentados del 11M en Madrid de 2004. Dicho tribunal defendía que **“la acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. (...) Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida. No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción.”** (énfasis añadido).

Atendiendo pues, al principio *cogitationis poenam nemo patitur*, no será suficiente con el hecho de que la cosmovisión del sujeto coincida con el contenido del ideario de la organización terrorista para determinar que el sujeto se encuentra inserto en la misma, pues contradiría el derecho a la libertad de conciencia del art. 16 CE.

2. Contenido y límites del derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión del art. 16 CE

El primer precepto del art. 16 CE establece que “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

No cabe duda de que el derecho a la libertad de conciencia es esencial para la salud de un Estado de Derecho, en el cual conviven una gran variedad de ideales, ya sean políticos, religiosos o vitales. Esto convierte a este derecho uno “de los cuatro valores-guía del régimen constitucional español (art. 1.1 CE), de manera que los poderes públicos deberán actuar en este sentido desde la más exquisita neutralidad abandonando toda pretensión tendente a imponer oficialmente una determinada ideología política”¹⁹.

Es la libertad de pensamiento, junto con la concurrencia de otros derechos, la que garantiza el crecimiento personal del sujeto²⁰, que se desarrolla en una sociedad plural, de la que se puede nutrir gracias a la coexistencia de diferentes concepciones. Así pues, no se está ante un derecho cualquiera, sino que sirve de cobertura para otros Derechos Fundamentales, tales como la libertad de expresión, el derecho a la dignidad o el derecho al honor, derechos imprescindibles para la vida en sociedad en un Estado de Derecho.

Analizando el contenido del art. 16 CE, podemos decir que está conformado por tres Derechos Fundamentales: la libertad de conciencia²¹, la libertad de pensamiento²² y la libertad de religión²³, similares entre ellos, pero con peculiares diferencias que los hacen genuinos. En esta ocasión, empero, nos centraremos en la libertad de conciencia por ser aquella que más relación guarda con el delito de autoadoctrinamiento terrorista.

19 Ya PERALTA MARTÍNEZ defiende que “el pluralismo ideológico, político, es otro de los conceptos derivados de la consideración del derecho de la libertad de conciencia como libertad de pensamiento, un pluralismo, pues, en las ideas, las creencias, las opiniones cuyo reconocimiento y garantía por el Estado constitucional se alza como distintivo del régimen político democrático”. Vid. PERALTA MARTÍNEZ, R., “Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 16, 2012, pp. 253 y 254.

20 De acuerdo con PALAZZO, el desarrollo del individuo únicamente sería posible con una norma clara y respetando la libertad y los principios político-criminales propios de un Estado de Derecho. Vid. PALAZZO, F. C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Ed. CEDAM. Casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1979, p. 166.

21 Según la doctrina, la libertad de conciencia está formada por la libertad ideológica, por un lado, y por la libertad de religión, por otro, poseyendo cada uno de ellos particularidades propias que los hacen genuinos. Vid. DÍAZ REVORIO, F.J., “La libertad de pensamiento: un análisis de la jurisprudencia constitucional española y europea”, en *Revista iuris et veritas*, n. 34, 2007, p. 85.

22 Esta radica en “aquella referida a las convicciones de los individuos en relación a la posición del hombre en el mundo y su relación con los poderes supremos, libertad que incluye la prohibición de que el Estado influya sobre la formación y existencia de esas convicciones”. Vid. PERALTA MARTÍNEZ, R., “Libertad ideológica y ...”, *op. cit.*, p. 255.

23 Se identifica con las creencias de una persona en relación al plano místico, en concreto como “aquel derecho que ampara a las personas y grupos cuyas convicciones y doctrinas están basadas en la fe en un ser trascendente y en la comunicación con él a través de un culto”. Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El modelo actual de relación entre el Estado y el factor religioso en España”, en FERREIRO GALGUERA, J. (Coord.), *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*, Ed. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, p. 64..

El derecho a la libertad de conciencia ha sido objeto de múltiples estudios, los cuales no han podido llegar a un consenso general en cuanto al contenido del mismo concepto. Para DE ASÍS, la libertad de conciencia se puede identificar con la “actuación libre o autónoma de las personas en la vida individual y social de acuerdo con las prescripciones de la conciencia moral de cada sujeto”²⁴.

Por otro lado, tenemos la definición de SERRA CRISTOBAL²⁵ que, además, coincide con la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante TC). De acuerdo con este autor, la libertad de conciencia tiene un aspecto muy íntimo, relacionándola con aquella libertad que “no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos”²⁶.

En palabras de VALERO HEREDIA, por su parte, el derecho a la libertad de conciencia vendría a significar aquel “derecho de toda persona a conformar y a mantener sus propias convicciones, a manifestarlas externamente y a comportarse de acuerdo con las prescripciones de su código axiológico, con independencia de que este posea un carácter subsumible en el ámbito de lo ideológico o de lo religioso”²⁷.

Podemos extraer una serie de elementos de las definiciones que hemos expuesto más arriba, siendo los principales los siguientes: la identificación de dos vertientes, en las que una de ellas se equipara con el fuero interno de la persona, es decir, con sus ideales y convicciones, por un lado; y una vertiente externa, que se asimila a la expresión de dichas ideas, el actuar conforme a las convicciones y a la moral que cada uno de los sujetos ha asumido como propias. En definitiva, y como defiende DÍAZ REVORIO²⁸, existen dos vertientes: una interna, y otra externa.

Entonces, la vertiente interna “comprende la libertad de creer o no creer y para poseer unas u otras convic-

ciones o no poseer ninguna, la cual incluye (...) el derecho a la libre formación de la conciencia como base o sustrato ontológico de aquella”²⁹. Mientras que la vertiente externa “engloba la libertad para manifestar y proclamar las ideas o creencias profesadas y el derecho a comportarse extremadamente de acuerdo con sus prescripciones y a no comportarse en modo que las contradiga”³⁰.

No obstante, nos concentraremos en la vertiente interna por ser esta la que interesa más a nuestro estudio. Esta vertiente interna se identifica, por lo tanto, con la esfera más personal e íntima del individuo, constituyendo la parte principal de la persona propiamente dicha, en la que entran a formar parte las directrices por las que dirige su vida, sus convicciones. Es por esta razón, entre otras muchas, por la que la esencia personal del individuo debe ser fuertemente protegida.

Teniendo esto en cuenta, y a pesar de que en el art. 16 CE figure como límite el “orden público”, 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”³¹. Podemos afirmar pues, que la libertad de conciencia y la fase interna del *iter criminis* coinciden y, siendo así, debe estar fuera del ámbito de control del Estado.

Las convicciones del sujeto, su moral y sus pensamientos, deben quedar salvaguardadas de cualquier intromisión, ya sea por parte de terceros como por parte del propio Estado pues, además, este debe cumplir una función de garante del ejercicio de este derecho a la libertad de conciencia del art. 16 CE³².

Si recordamos la definición de “adoctrinamiento” (inculcar a alguien determinadas ideas o creencias”³³) resulta complicado no percibir una cierta relación, pues la misma definición se forma por las palabras “ideas” y “creencias”. Ya hemos identificado, por lo tanto, el origen del conflicto pues, tanto la AN y el TS entienden la primera de las finalidades, esto es, “capacitarse” como “adoctrinarse” y esto se traduciría como el castigo de la asunción de determinadas ideas. La polémica resulta clara. Por una parte, se ha asumido erróneamente un

24 DE ASÍS ROIG, R. F., “Libertad ideológica y objeción de conciencia”, en GARRIEBO GÓMEZ, M.I./BARRANCO AVILÉS, M. C. (Edits.), *Libertad ideológica y objeción de conciencia: Pluralismo y valores en Derecho y Educación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 38.

25 SERRA CRISTÓBAL, R., *La libertad ideológica del juez*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 63.

26 STC 120/1990, de 27 de junio ((*Tol* 119205); PONENTE: FERNANDO GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL)

27 VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, p. 25.

28 DÍAZ REVORIO, F.J., “La libertad de pensamiento...”, *op. cit.*, pp. 85 y 86.

29 VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado ...*, *op. cit.*, p. 65.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*, 69.

32 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, septiembre-diciembre 2002, p. 125-126.

33 Definición de “adoctrinar”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 04/04/2019): <https://dle.rae.es/?id=0nj0eYT>

concepto que no corresponde que, a su vez, supone un riesgo para el Derecho Penal garantista, y que difumina el límite de la punibilidad de los pensamientos.

Pero no solo podemos tomar la definición de la RAE como base, sino que numerosos autores de distintas disciplinas han puesto de manifiesto que el sentido del concepto “adoctrinarse” pertenece a la esfera privada de los pensamientos.

En el plano de la psicología, DE LA CORTE afirma que la radicalización violenta, la cual coincide con el adoctrinamiento terrorista, se puede entender como el “proceso de socialización (y, debería añadirse, cambio biográfico y psicológico) que puede conducir, en forma gradual, a la acción violenta, principalmente terrorista”³⁴, tomando la acción violenta como una posibilidad y no como algo probable.

En el ámbito de la ciencia política, JORDÁN ENAMORADO entiende este proceso de radicalización como “el proceso mediante el que el individuo incorpora un sistema de creencias que incluye la voluntad de emplear o apoyar activamente la violencia con el fin de alcanzar los objetivos del salafismo yihadista. Normalmente este tipo de radicalización violenta no se traduce en la preparación y ejecución de actos terroristas en España o en otros países europeos, sino en el deseo de convertirse en muyahidín y marchar a combatir a escenarios como Irak o Afganistán”³⁵.

Y desde el punto de vista penal encontramos las interpretaciones de CUERDA ARNAU y PÉREZ CEPEDA. Por su parte, CUERDA ARNAU siguiendo las directrices comunitarias, medios de comunicación, la normativa y las agendas nacionales de seguridad se podría identificar con el “proceso que lleva a una persona a adoptar una actitud o a una postura de mayor intran-

sigencia o fanatismo, que, en el caso que nos ocupa, suele ir conectado a las ideas de yihadismo, fundamentalismo o integrismo islámico”³⁶. Mientras que PÉREZ CEPEDA hace una distinción entre los conceptos “radicalismo”, “radicalización” y “extremismo violento”, expresando que cada uno de ellos tiene elementos característicos y que los diferencian, por lo que no se podrían definir como sinónimos. De este modo, por “radicalismo” se entenderá “promover o apoyar cambios de gran alcance en la sociedad que puedan constituir un peligro para la continuidad del orden legal democrático (objetivo), que puedan incluir el empleo de medios no democráticos (instrumentos), y que puedan dañar al funcionamiento del orden democrático legal (efectos)”. La “radicalización” equivale a la “voluntad (creciente) de una persona para promover o apoyar tales cambios por sí mismo (de una manera no democrática o de otro modo), o para animar a hacerlo”. Y, por último, el “extremismo violento” será “concebido como un medio, una herramienta basada en el uso de la violencia, al servicio de un fin, sin objetivos políticos inherentes”³⁷. En su estudio, PÉREZ CEPEDA le asigna a cada uno de los conceptos un momento en el *iter criminis*, de modo que, en la fase inicial, el “ámbito ideológico” o *thinking* se corresponde con la “radicalización”; mientras que, justo en el extremo opuesto se encuentra el “ámbito de la violencia, constituida por el “terrorismo” más puro y; por último, el “extremismo violento” formaría parte de una categoría intermedia^{38/39}.

Parece que en todas las disciplinas hay un punto en común: el elemento ideológico del adoctrinamiento y el proceso de radicalización, que se define como aquel proceso que tiene por fin la “asunción de un conjunto de normas y valores fundamentados todos en una inter-

34 DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., “¿Qué pueden hacer los Estados europeos para frenar la radicalización yihadista?”, en *Cuadernos de Estrategia. Estrategias para derrotar al DÁESH y la reestabilización regional*, n. 180, 2016, p. 129.

35 JORDÁN ENAMORADO, J., “Procesos de radicalización yihadista en España. Análisis sociopolítico en tres niveles”, en *Revista de Psicología Social*, 2009, 24 (2), p. 198.

36 CUERDA ARNAU afirma que carece de utilidad pues contradice “exigencias del principio de legalidad”, criticando que “se aplica el art. 575.2 CP presumiendo —o directamente prescindiendo de ese elemento típico— que concurre la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en el Capítulo, pese a que ello debiera ser objeto de prueba. Además, por tratarse de un elemento subjetivo del injusto, dicha prueba no es enteramente deducible del simple contenido de los documentos. Se olvida, pues, que lo castigado no es el autoadoctrinamiento por mucho que este culmine con la justificación de la violencia (que, según el caso, podrá derivarse al enaltecimiento) sino el que persigue aquella concreta finalidad, que no es, pese a lo que dice la SAN 38/2016, la de “formarse y adoctrinarse”, sino la de “capacitarse para cometer alguno de los delitos (...)”. En definitiva, la lesividad deriva del elemento subjetivo del injusto y obviar tal dato podría suponer castigar, sin más, el acceso a ciertos webs o la mera tenencia de los referidos documentos”. Vid. CUERDA ARNAU, M. L., “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M./RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. (Coords.), *Liber amicorum estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M^a. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1406.

37 PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 181 y ss.

38 *Ibidem*, p. 183.

39 De este modo, la autora igualmente entiende que la radicalización, e incluso el adoctrinamiento, forman parte de una parcela que pertenece a la esfera interna del sujeto, al “ámbito ideológico” y, por lo tanto, fuera de todo ejercicio del *ius puniendi*, al menos de forma legítima.

pretación rigorista, tergiversada y política de un credo religioso⁴⁰.

De este modo, ya sea mediante “acceso” o por la “mera posesión” el consumo de este tipo de contenido con el fin de radicalizarse no podría castigarse, aunque se caracterizase por una doctrina del yihadismo salafista más radical y violento.

En este caso el sujeto tan solo se encuentra en la intimidad de su esfera consumiendo un tipo de contenido quizás con el fin de asumir ciertos postulados. El individuo ni siquiera ha exteriorizado este pensamiento, descartando de este modo la apología del terrorismo⁴¹, ni tampoco se encuentra en el proceso de preparación para la perpetración de algún delito de terrorismo, el sujeto no ha traspasado la fase interna aún.

El castigo de la radicalización es una forma de criminalizar el pensamiento, por lo que se lesionaría el principio de responsabilidad por el hecho y, en consecuencia, la base del Derecho Penal garantista. Así mismo lo expresa CUERDA ARNAU cuando dice que “se olvida, pues, que lo castigado no es el autoadocctrinamiento por mucho que este culmine con la justificación de la violencia (que, según el caso, podrá derivarse al enaltecimiento) sino el que persigue aquella concreta finalidad, que no es, pese a lo que dice la SAN 38/2016, la de “formarse y adoctrinarse”, sino la de “capacitarse para cometer alguno de los delitos (...)”⁴².

Es por esta razón por la que no es admisible la doctrina asumida por la AN o por el TS, por la que se equiparan los conceptos de “capacitarse” y “adoctrinarse”. Aceptar y asumir esta concepción significaría el primer paso para introducir un Derecho Penal de Autor en cuanto al delito de autoadocctrinamiento terrorista del art. 575.2 CP.

La única alternativa justa sería la de interpretar de forma restrictiva el precepto, con especial consideración de la primera de las finalidades del elemento subjetivo, esto es, “capacitación” y no “adoctrinamiento”. “Capacitarse” viene a significar “hacer a alguien apto, habilitarlo para algo”⁴³, por lo que se podría identificar también con la preparación para hacer algo. De hecho, “apto” significa “idóneo, hábil, a propósito para hacer algo”⁴⁴, mientras que, en el mismo sentido, “habilitarlo” se define como “hacer a alguien o algo hábil, apto o capaz para una cosa determinada”⁴⁵. El carácter es manifiestamente distinto al del concepto “adoctrinarse”, aproximándose más al término “adiestramiento”, pues este resulta más objetivo ya que se trata de aprender a hacer algo, en este caso un delito de terrorismo; y no de asumir unos dogmas extremistas.

En mi opinión y haciendo referencia a este carácter “objetivo” del que hablamos podemos encontrar dos vertientes: “vertiente intelectual” (o formal); y “vertiente material”. La primera de ellas, la formal, se corresponde con el conocimiento preciso para poder llevar a cabo el delito de naturaleza terrorista, lo que se podría llamar “instrucciones”. Mientras que la vertiente material consiste en contar con los medios y habilidades personales para poder poner en prácticas estos conocimientos.

De este modo, si no se desarrolla con éxito los pasos de este aprendizaje y no se tiene la habilidad necesaria, no se estará cumpliendo con la finalidad de capacitarse⁴⁶. La capacitación, por lo tanto, al menos en lo que respecta a la vertiente material, deberá ser verosímil, accesible y posible.

No obstante, se debe añadir también la particularidad de su carácter posterior. La literalidad del precepto indi-

40 CANO PAÑOS, M. A., “El camino hacia la (ciber)Yihad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20, 2018, pp. 3 y 4.

Es importante destacar que, radical y terrorista no son sinónimos pues, y tal y como afirma el mismo autor, solo una pequeña parte de los radicalizados tienen la voluntad de llevar a cabo acciones terroristas. Así pues, el pensamiento no debe ser constitutivo de delito o, por lo menos, no en un Estado de Derecho.

41 Hay que diferenciar perfectamente la fase interna de la externa del *iter criminis*. En palabras del TS “en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito” (SSTS 503/2008, de 17 de julio ((*ToI 371325*); PONENTE: MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA) y STS 354/2017, de 17 de mayo ((*ToI 6100431*); PONENTE: ANDRÉS PALOMO DEL ARCO). Así, la STS 503/2008, de 17 de julio ((*ToI 371325*); PONENTE: MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA).

42 CUERDA ARNAU, M. L., “Adocctrinamiento de jóvenes terroristas...”, *op. cit.*, p. 1406.

43 Definición de “capacitarse” por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 05/04/2019): <https://dle.rae.es/?id=7HbGYPr>

44 Definición de “apto”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 05/04/2019): <https://dle.rae.es/?id=3KdGj7>

45 Definición de “hábil”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 05/04/2019): <https://dle.rae.es/?id=JvLO70G>

46 Una persona tetrapléjica, aunque tenga la voluntad de cometer un delito de terrorismo poniendo en práctica los conocimientos que ha adquirido, no se encuentra capacitado, pues no ha cumplido la vertiente material de dicho proceso.

Otro ejemplo sería el de un individuo que, reuniendo todas las facultades y habilidades necesarias, no contase con los materiales. De esta manera, si una persona quiera llevar a cabo un delito de terrorismo perpetrando un ataque nuclear, sin el material radiactivo sería muy complicado para él llevarlo a cabo.

ca que la capacitación debe ser el resultado del consumo de este tipo de contenido de naturaleza terrorista. Por lo tanto, si ya el sujeto contaba previamente con este tipo de conocimiento, no estará incurriendo en un delito del art. 575.2 CP si lleva a cabo la conducta típica⁴⁷.

Podemos resumir en tres, las características que debe reunir esta “capacitación”: verosimilitud, accesibilidad, posibilidad y posterioridad.

Un ejemplo muy claro sería el caso que se dio en la SAN 6/2012, de 12 de julio (*Tol 389142*); PONENTE: JOSÉ RICARDO JUAN DE PRADA SOLAESA) que relata cómo un sujeto accede habitualmente a un chat frecuentado por seguidores del terrorismo e integrantes de Al-Qaeda. En una de las entradas del foro, consta una “declaración de juramento de fidelidad de la organización Al Qaeda en el Magreb Islámico (AQMI)”, junto con una conversación con otros participantes en lo que parece ser “una amenaza concreta de envenenamiento de aguas de un camping o complejo hotelero”. En esta última, el sujeto solicita a especialistas la fórmula para elaborar algún veneno, facilitándole estos una serie de links con la información para elaborar la “botulina”⁴⁸. Además, en el momento de su detención, los agentes encuentran en su disco duro y en su ordenador información sobre los venenos y “fotografías de depósitos de agua y documentación técnica sobre depuradoras”.

Como se puede ver, el sujeto accedió a varias webs que le proporcionaron contenidos de naturaleza yihadista y las instrucciones necesarias para desarrollar el ataque terrorista que tenía intención de llevar a cabo.

No obstante, la doctrina judicial no está adoptando el término “capacitación” como la primera de las fi-

nalidades del art. 575.2 CP, sino que han optado por el concepto “adoctrinamiento”, de ahí que se conozca erróneamente como “delito de autoadoctrinamiento” o “delito de radicalización pasiva autónoma”. Esta analogía que realizan estos dos tribunales no es compatible con el principio de legalidad⁴⁹, lo cual pone en entredicho también principios y garantías político-criminales esenciales.

Como ya se ha puesto de manifiesto en el presente estudio, es más coherente que no se confundan los términos “capacitarse” y “adoctrinarse”, pues la radicalización que lleva aparejada el adoctrinamiento no tiene porqué desembocar en la acción terrorista⁵⁰. Resulta más razonable, por lo tanto, asumir una interpretación literal y estricta del término “capacitarse” por hacer referencia a este proceso de formación o aprendizaje para hacerse capaz de algo, que en este caso sería la comisión de un delito de terrorismo⁵¹.

Con la comprensión de la primera finalidad como “capacitación”, el delito ya no castigaría el pensamiento y se podría considerar como un acto preparatorio de un futuro delito de terrorismo. Así, dicho aprendizaje es *conditio sine qua non* para la comisión de delitos de terrorismo, especialmente los perpetrados en nombre de DAESH, por lo que se deberá demostrar que el sujeto se está capacitando para cometer un delito de terrorismo concreto. Esta prueba debe ajustarse a los criterios procesales y salvaguardarse todas las garantías para hacer efectivo el derecho del art. 24 CE. Sin embargo, si no se demuestra a qué delito de terrorismo concreto va dirigido, se está realizando una presunción. Se estaría suponiendo que el sujeto automáticamente

47 Un caso sería el de un químico experto que supiera preparar alguna sustancia nociva pero que le gusta consumir este tipo de información. La capacitación no se daría por cumplida pues, el sujeto no ha aprendido nada, no ha desarrollado ni completado un proceso de aprendizaje derivado de la consulta de esa información.

48 La botulina es una de las “sustancias más mortales que se conocen” y es compatible con la transmisión alimentaria. Vid. “Botulismo”, en *Organización mundial de la salud*, en (última consulta: 11/03/2021): <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/botulism>

49 GÓMEZ LANZ, J., “La interpretación de la...”, *op. cit.*, p. 51.

50 De este modo lo entiende PÉREZ CEPEDA que determina que “no se ha podido constatar que la mayoría de radicales y extremistas lleven a cabo este proceso (cometer delitos de terrorismo), sino que son una minoría, por lo que el Derecho Penal estaría basando la criminalización de conductas en una presunción no contrastada con la realidad”. Vid. PÉREZ CEPEDA, A.I., *El pacto antiyihadista...*, *op. cit.*, p. 188.

51 Esta interpretación da más lógica a la criminalización de las conductas de “acceder de forma habitual” y de “poseer”, pues es el primer paso para comenzar ese proceso de aprendizaje. Pero, en absoluto se podrá castigar la radicalización o asumir los “postulados de la organización terrorista DAESH”, como se puede leer en la SAN 39/2016, de 30 de noviembre ((*Tol 5901279*); PONENTE: CLARA EUGENIA BAYARRI GARCÍA): “En el caso, esta finalidad, de dificultosa prueba, está acreditada por el avanzado estado del autoadoctrinamiento alcanzado por Florian, quien había asumido total y plenamente los postulados y fines del Estado islámico, colaborando de forma activa en la difusión de sus actividades, fines y doctrinas, en un estadio límite con el delito de colaboración con organización terrorista, o incluso, con el delito de pertenencia a la misma”.

Además, tanto DAESH como Al-Qaeda cuentan con su propio “manual” para cometer delitos de terrorismo, como es el caso del volumen 1, entre las páginas 33 y 54 de la revista Inspire, donde se explica cómo elaborar una bomba “en la cocina de tu madre”. Vid. *Revista Inspire*, vol. 1, pp. 33-54, en (última visita: 08/12/2020): <https://www.documentcloud.org/documents/2301434-aqap-inspire-magazine-volume-1.html>

cometerá un delito de terrorismo⁵². Pero, en Derecho Penal tan solo cabe una presunción: la presunción de inocencia.

III. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA “PRESUNCIÓN” DEL RADICALIZADO TERRORISTA

1. Introducción

El derecho a la presunción de inocencia constituye uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, tanto es así, que además se configura como una “regla de juicio”, por la que “se necesitará una prueba de cargo para ser desvirtuada”⁵³. Ya lo decía BECCARÍA, “un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida”⁵⁴. Este derecho ha sido estudiado en profundidad, especialmente por el TS, el cual entiende por el derecho a la presunción de inocencia aquel “derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y de la intervención en los mismos del inculpado” (FJ3)⁵⁵.

Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza del delito objeto de estudio, todo apunta a que la prueba será indiciaria⁵⁶. Sin embargo, resulta cuanto menos preocupante el uso de la prueba indiciaria para este tipo delictivo tan abstracto, amplio y ambiguo, especialmente para el derecho de presunción de inocencia. Para evitar poner en entredicho, entre otros, el derecho a la presunción de inocencia, se deberá realizar una interpretación literal del precepto, como ya se ha propuesto.

Si se sigue esta literalidad, la prueba de la capacitación deberá hacer referencia al proceso de aprendizaje que se indicaba anteriormente y, además, al delito de terrorismo para el cual se está preparando. Es decir, si el sujeto pretende perpetrar un atentado terrorista por medio de un artefacto explosivo, se deberá probar este proceso de aprendizaje de cómo realizar una bomba.

La capacitación pues, sirve de punto de inicio, como indicio imprescindible para poder llegar a la conclusión de qué delito está intentando el sujeto llevar a término. No hay que olvidar, empero, que se trata de indicios y que estos deberán ir más fundamentados que las pruebas directas al reunir la fuerza vinculante de estas últimas⁵⁷. De hecho, es tan importante este Derecho Fundamental⁵⁸ (art. 24.2 CE), que debemos preguntarnos si la única obtención de los indicios de acceso y posesión de contenido terrorista serían suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia.

2. El derecho a la presunción de inocencia como derecho fundamental y regla de juicio: incompatibilidades con el delito de “auto-adoctrinamiento” terrorista

La presunción de inocencia posee un doble carácter en nuestro Ordenamiento Jurídico: como un Derecho Fundamental, en primer lugar (art. 24.2 CE); y como principio procesal, en segundo lugar⁵⁹. El contenido de la presunción de inocencia como derecho ha sido profundamente por la doctrina científica penal, además de por el Tribunal Constitucional (en adelante TC). Según la STC 111/1999, de 14 de junio ((*Tol 81170*)); PONENTE: JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS), FJ 2: “La definición de la presunción de inocencia,

52 GARCÍA ALBERO, R., “Libro II: Título XII: Cap. VII”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español, tomo II (artículos 234 a DE 7º)*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 1909.

53 COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal Penal español*, Ed. Edita CESEJ. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, p. 97.

54 Vid. BECCARIA, C., *De los Delitos y de las Penas*, 2ª Edición, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, p. 119.

55 STS 178/2003, 22 de julio de ((*Tol 308170*)); PONENTE: JOSE ANTONIO MARAÑÓN CHÁVARRI).

56 GARCÍA ALBERTO, R., “Libro II...”, *op. cit.*, p. 1907.

57 De acuerdo con CORTÉS DOMÍNGUEZ, “se habla de prueba indirecta cuando la prueba del hecho principal se hace mediante la prueba de otros hechos que dados suponen la existencia de aquel”. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Lección 9. La prueba (I)”, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil (con Vicente GIMENO SENDRA y Víctor Moreno CATENA)*, Ed. Colex, Madrid, 1996, p. 203.

58 Se trata de uno de los pilares básicos del proceso penal democrático. Autores como CELDEÑO HERNÁN defienden que este derecho es “la piedra angular en torno a la cual se construye un modelo de proceso penal, en concreto, el proceso penal de corte liberal, en el que se pretende esencialmente establecer garantías para el imputado frente a la actuación del Estado”. Vid. CELDEÑO HERNÁN, M., “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 10, mayo-agosto 2000, pp. 203 y 204.

En la misma línea se encuentra VILLAMARÍN LÓPEZ, que considera que solo con la concurrencia de este derecho se puede disfrutar de un juicio con todas las garantías, derecho fundamental, por cierto; pues no corresponde al acusado demostrar su inocencia. Vid. VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., “Inversión de la carga de la prueba y presunción de inocencia desde una perspectiva europea”, en *Revista de Estudios Europeos*, n. extraordinario monográfico, 1-2007, p. 94.

59 Vid. CELDEÑO HERNÁN, M., “Algunas cuestiones...”, *op. cit.*, p. 204./OVEJERO PUENTE, A.M., “Protección del derecho a la presunción de inocencia”, en *Revista UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, 2017, p. 431 y 432.

que desde la perspectiva constitucional debe entenderse como “derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas” (STC 81/1998, FJ 3.), implica que es la sentencia condenatoria la que debe expresar las pruebas de cargo que sustentan la declaración de responsabilidad jurídico-penal, que a su vez deben proceder de actos de prueba conformes a la Ley y a la Constitución y normalmente practicados en el acto del juicio oral, con todas las garantías”. En esta misma línea se pronuncia la STC 128/1995, de 26 de julio ((*Tol 82867*); PONENTE: CARLES VIVER PI-SUNYER) que establece que, la presunción de inocencia “opera en el seno del proceso como una regla de juicio; pero, constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo. En cuanto regla de juicio, la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues, de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse. Como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que ésta no puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida. Y, con mayor razón, proscribire la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc., ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales”.

En cuanto a la doctrina penal, destacan autores como GIMENO SENDRA, que define el derecho de la presunción de inocencia como “un derecho del encausado que fundamentalmente se quebranta cuando no se haya practicado una actividad probatoria de cargo suficiente para deducir razonablemente la participación del acusado en el hecho punible”⁶⁰; que, además, “significa, esencialmente, el derecho de todo encausado a ser absuelto, si no se ha practicado una mínima prueba válida de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la

acusación, desarrollada o constatada y ratificada en el acto del juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad”⁶¹. En esta misma línea se expresa TOMÁS Y VALIENTE, ya que consideraba la consagración de la presunción de inocencia “como derecho fundamental (que) proscribire la condena en la duda porque establece el hecho inicialmente cierto de que todo hombre es inocente”⁶².

Se pueden obtener varios puntos en común: la presunción de inocencia es una regla de tratamiento partiendo de que el imputado no será considerado culpable hasta que se demuestre lo contrario en un juicio con todas las garantías, lo que conlleva, además a evitar “cualquier medida cautelar como castigo previo”⁶³, por una parte; y también se entiende como regla de juicio, es decir, que únicamente se podrá enervar mediante una actividad probatoria mínima, que deberá ser aportada por la acusación, por otra parte⁶⁴.

Se trata, entonces, de una presunción *iuris tantum*, por la que únicamente será posible destruir esta presunción de inocencia del individuo a través de un proceso en el que esté presente la duda y se llegue a una conclusión pasando de una certeza a otra por medio de la acción probatoria⁶⁵. Sin embargo, el principal escollo es la indeterminación del número de pruebas que bastarían para desvirtuar esta presunción de inocencia, ya que se establece que el juzgador deberá llegar a un nivel de certeza “suficiente”⁶⁶, indiferentemente si es por prueba directa o por pruebas indiciarias. Mientras que la prueba directa posee la fuerza necesaria para destruir esta presunción de inocencia⁶⁷, no está tan claro con la prueba indirecta.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS 5456/1986, de 14 de octubre, ID CEDOJ: 28079120011986100979/PONENTE: RAMÓN MONTERO FERNÁNDEZ-CID; STS 8103/1997, de 29 de mayo (*Tol 1551750*)/PONENTE: CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN; STS 1778/2000 de 21 noviembre, (*Tol 4920270*)/PONENTE: JOAQUÍN DELGADO GARCÍA), determina que la aportación única de la prueba de indicios será suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia⁶⁸, pues, en palabras de TOMÁS Y VALIENTE “de una serie de indicios conver-

60 GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de la Luna, Madrid, 2015, p. 91.

61 *Ibidem*, p. 92.

62 TOMÁS Y VALIENTE, F., “*In dubio pro reo*”, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año n. 7, n. 20, mayo-agosto 1987, p. 25.

63 COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal...*, p. 98./CELDEÑO HERNÁN, M. “Algunas cuestiones...”, *op. cit.*, p. 203.

64 COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal...*, p. 98./CELDEÑO HERNÁN, M. “Algunas cuestiones...”, *op. cit.*, pp. 188-191.

65 TOMÁS Y VALIENTE, F., “*In dubio pro reo*”..., *op. cit.*, pp. 25 y ss.

66 STS 1778/2000 de 21 noviembre ((*Tol 4920270*); PONENTE: JOAQUÍN DELGADO GARCÍA)

67 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Lección 9...”, *op. cit.*, pp. 202 y 203.

68 PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J./FERRERO BAAMONDE, X. X./PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEVANTE SPIEGELBERT, J. L., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Thomson Civitas. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 544./Vid. COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Proce-*

gentes puede obtener el juzgador mayor grado de certidumbre que de una sola prueba directa⁶⁹, reduciéndose, al mismo tiempo, los casos de impunidad en los supuestos en los que no fuera posible aportar pruebas directas⁷⁰. Sin embargo, y como se trata de una prueba que no se encuentra en relación directa con el hecho principal es necesario una fundamentación de mayor grado⁷¹.

Es más, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 111/2008, de 22 de septiembre, ((*Tol 1372375*); PONENTE: VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS) afirma que se podría enervar dicha presunción de inocencia con la única concurrencia de pruebas indiciarias, siempre y cuando, se reúnan los siguientes requisitos con el fin de consolidarse como suficiente prueba de cargo:

1) Los “hechos bases” deben partir de un hecho o idea firme, que sean concretos y reales y que permitan al juzgador desarrollar un proceso de deducción lógico.

2) A su vez, de estos “hechos bases” deben llegarse a los hechos constitutivos de delito pues, como ya lo dejó claro la STC de 24 de diciembre de 1986. (ID CENDOJ: 28079120011986101008): “en materia penal no caben las presunciones en contra del reo⁷², sino que se deberá seguir un proceso lógico, un nexo que dos realidades conocidas a través de hechos, de los cuales no se conoce con certeza absoluta su concurrencia pero que resulta la más verosímil si se hace uso de las “reglas del criterio humano⁷³”.

3) En relación con lo anterior, resulta indispensable que el órgano judicial “exteriorice los hechos que están

acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia⁷⁴. No es escasa la doctrina al respecto (STC 174/1985, de 17 de diciembre (*Tol 79817*); PONENTE: ÁNGEL LATORRE SEGURA/175/1985, de 17 de diciembre, (*Tol 79818*); PONENTE: RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT), que determina que, de acuerdo con la STC 62/1994, de 28 de febrero ((*Tol 82470*) PONENTE: JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ), “entre los indicios probados y el hecho que se infiere de ellos, (debe) existir un enlace preciso y directo de acuerdo a las reglas del criterio humano”. Esta inferencia va a ser la que le otorgue el verdadero “valor probatorio al indicio”, pues estos, individual y autónomamente, no tienen la contundencia bastante para fundamentar unos hechos concretos, sino que el propio sentido de los indicios deriva directamente de la conexión entre ellos, porque “la conclusividad de una inferencia se atenúa o se refuerza en función del cuadro probatorio de referencia⁷⁵. Gracias a esto se podrá garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y el derecho a la libertad a través de este razonamiento⁷⁶. Es indispensable, de igual modo, que el órgano judicial no haga depender su decisión exclusivamente de las pruebas, porque además se deberá atender a “las reglas de la lógica y de la razón en el juicio valorativo judicial”, pues “el juzgador no puede llegar a un juicio de culpabilidad fundándose en cualquier elemento incriminatorio, con independencia de su fiabilidad, de acuerdo con las reglas de la lógica y la razón⁷⁷”.

sal..., *op. cit.*, p. 723.

69 TOMÁS Y VALIENTE, F. “*In dubio pro reo*...”, *op. cit.*, p. 32.

70 IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Cuestiones sobre la prueba penal y argumentación judicial*, Ed. OLEJNIK Ediciones, Santiago de Chile, 2018, p. 78.

71 Cada una de las resoluciones judiciales deben estar fundamentadas de acuerdo con el art. 120.2 CE. No obstante, teniendo en cuenta la naturaleza y el carácter de la prueba indiciaria, resulta lógico que se exija un grado más intenso de fundamentación pues, en palabras de BELDA PÉREZ-PEDRERO “ello genera que el sistema judicial no sea arbitrario y aunque cada órgano puede concluir en un mismo resultado consecuencia de hechos similares, ello no crea arbitrariedad en tanto se fundamenten con lógica las percepciones del juzgador que finalizan en metas diversas”. *Vid.* BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., “La presunción de inocencia”, en *Anuario de Parlamento y Constitución*, n. 5, 2001, p. 192.

72 Ya lo dice COBO DEL ROSAL “en el proceso penal se enjuician unos hechos, que poco o nada tiene que ver con unos indicios, pues, en el caso de aceptar siempre los mismos nos encontraríamos con una inversión de la carga de la prueba, también conocida por *probatio diabolica* inadmisibles y que no es propia de un proceso penal liberal y democrático como debe ser el español”, *Vid.* COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal...*, *op. cit.*, p. 724/*Vid.* GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal...*, *op. cit.*, p. 92.

73 JAÉN VALLEJO, M., *Los principios de la prueba en el proceso penal español*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 7.

74 COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal...*, *op. cit.*, p. 727.

75 IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Cuestiones sobre prueba penal...*, *op. cit.*, p. 46.

76 GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal...*, *op. cit.*, p. 96.

77 “Cualquiera que sea la convicción del Tribunal, si las pruebas no acreditan el hecho delictivo y la participación del acusado o existen dudas al respecto, se impone una sentencia absolutoria porque, para que sea posible a condena, no basta con la probabilidad de que así ha sido (STS de 9 de septiembre de 1992) (...) la estimación en conciencia a que se refiere el precepto legal no ha de entenderse o hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del Juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que aboque a una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo de datos acreditativos o reveladores, que hayan sido posible concentrar en el proceso, sin perjuicio de la limitada depuración que se per-

Así, la inferencia sirve de garantía frente a la posible arbitrariedad del juzgador, ya que, en palabras de MORENO CATENA, “es posible y frecuente, que los mismos hechos (indicios) probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso —indica la STC 174/1985 (FJ6)— “el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar porqué elige la que estima como conveniente”⁷⁸.

4) Además, esta “inferencia” debe ser lógica pues “el razonamiento deberá estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común”⁷⁹, de lo contrario se estaría ante una arbitrariedad⁸⁰.

Aunque estos cuatros son los requisitos principales exigidos actualmente por el TC, podemos incluir un quinto, el cual fue imprescindible en su momento⁸¹. Y es que, si se quiere seguir un “camino” lógico entre prueba y prueba, es necesario contar con un “conjunto” de ellas, o de lo que es lo mismo, una pluralidad de indicios. Empero, el TC admite en la actualidad la unidad de indicio que “bien que pudiendo bastar, excepcionalmente, la unicidad, cuando ese único indicio revista una relevancia “de especial significación”^{82/83}.

Pero, en el caso del delito de “autoadoctrinamiento” terrorista, no se debería permitir una única prueba indiciaria debido a la poca levedad de la conducta y la gran desproporción de su pena. De hecho, las características del delito del art. 575.2 CP no permitirían la consideración de una sola prueba pues, recordemos, el elemento subjetivo se encuentra redoblado. Así, no es suficiente si el sujeto posee información de cómo, por ejemplo, elaborar una bomba, pues además se deberá indicar que dicha información iba encaminada a cometer un delito

de terrorismo y, finalmente, demostrar que, efectivamente, el sujeto ha decidido pasar a la acción⁸⁴.

IV. EL DELITO DE “AUTOCAPACITACIÓN” TERRORISTA: UNA PROPUESTA DE *NOMEN IURIS*

Hasta ahora me he referido al delito objeto de estudio y regulado en el art. 575.2 CP como “delito de autoadoctrinamiento terrorista”, ya es que es por esta nomenclatura por la que se conoce en el mundo jurídico, tanto judicial como científico. No obstante, y a la luz de los argumentos ofrecidos a lo largo del estudio y como resultado de las reflexiones llevadas a cabo sobre las diferencias entre los conceptos “adoctrinamiento” y “capacitación”, debemos rechazar dicha nomenclatura.

Así, en su lugar, debería incorporarse el término “capacitarse”, pasándose a denominar “delito de autocapacitación terrorista”.

Únicamente de este modo será posible no inducir a los sujetos a error, concordando además con una interpretación estricta, literal y, además, en consonancia con el derecho a la libertad de conciencia, ideología y religión del art. 16 CE. Consecuentemente, quedaría más claro de qué modo se debería interpretar dicha conducta típica. Asimismo, esta interpretación resulta más respetuosa, adecuada y acorde con distintos principios político-criminales y garantías características del Estado de Derecho que es España.

La lucha contra el terrorismo es uno de los grandes desafíos y una de las más graves preocupaciones de la sociedad actual. No obstante, el Estado de Derecho siempre debe ser el límite y el cauce de esta lucha.

mite por la vía del art. 849.2 (STS de 29 de enero de 1988). Vid. MORENO CATENA, V., “El desarrollo del juicio oral. La prueba”, en MORENO CATENA, V./CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 8ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 430.

78 MORENO CATENA, V., (Dir.), *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, vol. III. Fase intermedia y juicio oral, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 2236.

79 STC 111/2008, de 22 de septiembre, ((*Tol* 1372375); PONENTE: VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS)

80 Según la STC 112/1996, de 24 de junio, ((*Tol* 104645); PONENTE: TOMÁS S. VIVES ANTÓN): “que la tutela judicial efectiva, consagrada en el art. 24.1 C.E., comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, como garantía —dada la esencia de la función jurisdiccional— frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos (STC 131/1990 fundamento jurídico 1., entre otras). Esta es una exigencia que se conecta no sólo con el citado art. 24 C.E., sino también con la primacía de la ley (art. 117.1 C.E.), como factor determinante del legítimo ejercicio de la propia función jurisdiccional (STC 55/1987)”.

81 Esta unidad de indicio podría llevar al juez a una interpretación errónea, no por nada la doctrina del TS se refería a esto anteriormente como *indicium unus, indicium nullus*. Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. “Aplicación de la lógica como ciencia en el proceso penal: análisis de la prueba indiciaria”, en *Revista de Derecho Penal*, n. 22, septiembre 2007, p. 18.

82 CALVO GONZÁLEZ, J., “Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de los hechos disipados)”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 18, 2001, p. 20./JAÉN VALLEJO, M., *Tendencias actuales de la Jurisprudencia Constitucional Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, p. 130.

83 Esto se debe a que, como dice VILLAMARÍN LÓPEZ, “ante el aumento de ciertos tipos de criminalidad especialmente preocupantes para nuestras sociedades, en estos últimos años se han aprobado en muchos países europeos medidas que amenazan el contenido básico de la presunción de inocencia”. Vid. VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., “Inversión de la carga de la prueba...”, *Op. cit.*, p. 95.)

84 Vid. STS 503/2008, de 17 de julio ((*Tol* 1371325); PONENTE: MIGUEL COLMENERO DE LUARCA).

Bibliografía

- BECCARIA, C., *De los Delitos y de las Penas*, 2ª Edición, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, p. 119.
- CALVO GONZÁLEZ, J., “Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de los hechos disipados)”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 18, 2001.
- CANO PAÑOS, M. A., “El camino hacia la (ciber) Yihad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20, 2018.
- CARUSO FONTÁN, M.V./PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Principios y garantías del Derecho Penal contemporáneo*, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- CELDEÑO HERNÁN, M., “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 10, mayo-agosto 2000.
- COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal Penal español*, Ed. Edita CESEJ. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008.
- COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal Penal español*, Ed. Edita CESEJ. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Lección 9. La prueba (I)”, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil (con Vicente GIMENO SENDRA y Víctor Moreno CATENA)*, Ed. Colex, Madrid, 1996.
- CUERDA ARNAU, M. L., “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M./RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. (Coords.), *Liber amicorum estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M^a. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- DE ASÍS ROIG, R. F., “Libertad ideológica y objeción de conciencia”, en GARRIEBO GÓMEZ, M.I./BARRANCO AVILÉS, M. C. (Edits.), *Libertad ideológica y objeción de conciencia: Pluralismo y valores en Derecho y Educación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., “¿Qué pueden hacer los Estados europeos para frenar la radicalización yihadista?”, en *Cuadernos de Estrategia. Estrategias para derrotar al DÁESH y la reestabilización regional*, n. 180, 2016.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- DÍAZ REVORIO, F.J., “La libertad de pensamiento: un análisis de la jurisprudencia constitucional española y europea”, en *Revista iuris et veritas*, n. 34, 2007. “Edición 3: Shawwal”, en *Revista Rumiayah*, noviembre de 2016.
- GARCÍA ALBERO, R., “Libro II: Título XII: Cap. VII”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español, tomo II (artículos 234 a DE 7º)*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GIL GIL, A., “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 6, 2000.
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de la Luna, Madrid, 2015.
- GÓMEZ LANZ, J., “La interpretación de la ley penal como actividad dogmática”, en *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, mayo-agosto 2008.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, M., “Definiendo términos: fundamentalismo, salafismo, sufismo, islamismo, wahabismo”, en *Pre-bie3*, n. 4, 2015.
- 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, septiembre-diciembre 2002.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. “Aplicación de la lógica como ciencia en el proceso penal: análisis de la prueba indiciaria”, en *Revista de Derecho Penal*, n. 22, septiembre 2007.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Cuestiones sobre la prueba penal y argumentación judicial*, Ed. OLEJNIK Ediciones, Santiago de Chile, 2018.
- JAÉN VALLEJO, M., *Los principios de la prueba en el proceso penal español*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- JAÉN VALLEJO, M., *Tendencias actuales de la Jurisprudencia Constitucional Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.
- JORDÁN ENAMORADO, J., “Procesos de radicalización yihadista en España. Análisis sociopolítico en tres niveles”, en *Revista de Psicología Social*, 2009, 24 (2).

- LAMARCA PÉREZ, C., “Principio de legalidad penal”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 1, septiembre 2011, - febrero 2012.
- MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El modelo actual de relación entre el Estado y el factor religioso en España”, en FERREIRO GALGUERA, J. (Coord.), *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*, Ed. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.
- MEINES, M./MOLENKAMP, M., RAMADAN, O./RANSTORP, M., *RAN MANUAL. Responses to returnees: Foreign terrorist fighters and their families*, Editado por Centro de Excelencia de RAN, 2017.
- MORENO CATENA, V., (Dir.), *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, vol. III. Fase intermedia y juicio oral, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MORENO CATENA, V., “El desarrollo del juicio oral. La prueba”, en MORENO CATENA, V./CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 8ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- OVEJERO PUENTE, A.M., “Protección del derecho a la presunción de inocencia”, en *Revista UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, 2017.
- PALAZZO, F. C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Ed. CEDAM. Casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1979.
- PERALTA MARTÍNEZ, R., “Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 16, 2012.
- PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal*, 2ª Edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J./FERRERO BAA-MONDE, X. X./PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEVANTE SPIEGELBERT, J. L., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Thomson Civitas. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 544
- Revista Inspire*, vol. 1, pp. 33-54, en (última visita: 08/12/2020): <https://www.documentcloud.org/documents/2301434-aqap-inspire-magazine-volume-1.html>
- SABELLA, P. M., “Il fenomeno del cybercrime nello spazio giuridico contemporaneo. Prevenzione e repressione degli illeciti penale connessi all’utilizzo di Internet per fini di terrorismo, tra esigenze di sicurezza e rispetto dei diritti fondamentali”, en *Informatica e diritto*, XLIII annata, Vol. XXVI, n. 1-2.
- SERRA CRISTÓBAL, R., *La libertad ideológica del juez*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- TAPIA ROJO, M. E., “Análisis de la estrategia comunicativa del terrorismo yihadista: El papel de las redes sociales”, en *bie3: Boletín IEEE*, n. 1 (enero - marzo), 2016.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., *Derecho Penal. Parte General (adaptado a las reformas del Código Penal de 2015). Un estudio crítico desde la práctica judicial*, Ed. Edisofer, Madrid, 2015.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Terrorismo yihadista y política criminal del Siglo XXI”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, n. 87, julio-diciembre 2016.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., ““In dubio pro reo”, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año n. 7, n. 20, mayo-agosto 1987.
- VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.
- VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., “Inversión de la carga de la prueba y presunción de inocencia desde una perspectiva europea”, en *Revista de Estudios Europeos*, n. extraordinario monográfico, 1-2007.

Jurisprudencia

- SAN 6/2012, de 12 de julio ((*Tol 389142*); PONENTE: JOSÉ RICARDO JUAN DE PRADA SOLAESA)
- SAN 39/2016, de 30 de noviembre ((*Tol 5901279*); PONENTE: CLARA EUGENIA BAYARRI GARCÍA)
- SAN 38/2016, de 7 de diciembre ((*Tol 5914491*); PONENTE: JULIO DE DIEGO LÓPEZ)
- SAN 3/2017, de 17 de febrero ((*Tol 5969990*); PONENTE: ENRIQUE LÓPEZ Y LÓPEZ)
- SAN 5/2017, de 28 de febrero de 2017 ((*Tol 5976441*); PONENTE: JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO).
- STC de 24 de diciembre de 1986 (ID CENDOJ: 28079120011986101008)
- STC 120/1990, de 27 de junio ((*Tol 119205*); PONENTE: FERNANDO GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL)
- STC 62/1994, de 28 de febrero ((*Tol 82470*) PONENTE: JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ)

STC 128/1995, de 26 de julio ((*Tol 82867*); PONENTE: CARLES VIVER PI-SUNYER)

STC 112/1996, de 24 de junio ((*Tol 104645*); PONENTE: TOMÁS S. VIVES ANTÓN)

STC 111/1999, de 14 de junio ((*Tol 81.170*); PONENTE: JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS)

STC 87/2000, de 27 de marzo ((*Tol 24512*); PONENTE: MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE)

STC 111/2008, de 22 de septiembre ((*Tol 1372375*); PONENTE: VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS)

STS 5456/1986, de 14 de octubre (ID CEDOJ: 28079120011986100979; PONENTE: RAMÓN MONTERO FERNÁNDEZ-CID)

STS 8103/1997, de 29 de mayo (*Tol 1551750*); PONENTE: CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN

STS 1778/2000 de 21 noviembre ((*Tol 4920270*); PONENTE: JOAQUÍN DELGADO GARCÍA)

STS 178/2003, 22 de julio de ((*Tol 308170*); PONENTE: JOSE ANTONIO MARAÑÓN CHÁVARRI).

STS 503/2008, de 17 de julio ((*Tol 371325*); PONENTE: MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA)

STS 354/2017, de 17 de mayo ((*Tol 6100431*); PONENTE: ANDRÉS PALOMO DEL ARCO).

Normativa

Constitución Española

Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, *relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la De-*

cisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

Recursos webs consultados

“Botulismo”, en *Organización mundial de la salud*, en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/botulism>

Definición de “adoctrinar”, por la *Real Academia Española* (RAE), en: <https://dle.rae.es/?id=0nj0eYT>

Definición de “apto”, por la *Real Academia Española* (RAE), en: <https://dle.rae.es/?id=3KdgG17>

Definición de “capacitarse”, en *Real Academia Española*, en: <https://dle.rae.es/capacitar>

Definición de “hábil”, por la *Real Academia Española* (RAE), en: <https://dle.rae.es/?id=JvLO70G>

Definición de “radicalizar”, en *Real Academia Española*, en: <https://dle.rae.es/adoctrinar?m=form>

Noticia “Atentados en París: 130 muertos y 352 heridos”, en *El Mundo*, en: <https://www.elmundo.es/internacional/2015/11/14/56475867268e3ed-f198b45d6.html>

Noticia “Charlie Hebdo attack: Three days of terror”, en *BBC*, en: <https://www.bbc.com/news/world-europe-30708237>