

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LÍMITES. BREVE REFERENCIA A LOS DELITOS DE TERRORISMO

FUNDAMENTAL RIGHTS AND ITS LIMITATIONS. A SHORT REFERENCE TO TERRORIST CRIMES

Inés Molina Álvarez
Investigadora contratada
Universidad Pública de Navarra (España)

Fecha de recepción: 25 de octubre de 2020.

Fecha de aceptación: 24 de noviembre de 2020.

RESUMEN

El terrorismo constituye uno de los problemas más graves que afectan a la sociedad actual, no obstante, la forma de abordar la cuestión ha conducido en demasiadas ocasiones a violaciones masivas de derechos humanos y al recorte exagerado de libertades en *pro* de la seguridad, y, precisamente por ello se hace necesaria una aproximación desde Derecho constitucional (concretamente de la dogmática de los derechos fundamentales) al Derecho penal antiterrorista.

ABSTRACT

Terrorism poses one of the most serious problems affecting our current society. Nevertheless, the way in which the topic has been addressed, has too often led to massive violations of human rights and exaggerated restrictions of freedom in the interest of security. It is precisely for this reason that an approach from constitutional law (specifically from the dogmatic perspective of fundamental rights) to anti-terrorist criminal law is necessary.

PALABRAS CLAVE

Terrorismo, derechos fundamentales, limitación de derechos, control de constitucionalidad, principio de proporcionalidad

KEYWORDS

Terrorism, fundamental rights, limitation of rights, constitutional control, proportionality principle

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LÍMITES. 2.1. Límites al legislador penal. 2.2. La posición del TC ante los límites para el legislador penal. 2.3. Factor de disuasión, el efecto de desaliento en el ejercicio de derechos fundamentales (*chilling effect*). **3. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS EN MATERIA DE TERRORISMO. 4. BIBLIOGRAFÍA.**

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. FUNDAMENTAL RIGHTS AND ITS LIMITATIONS. 2.1. Limits to the criminal lawmaker. 2.2. The position of the Constitutional Court regarding the limits to the criminal lawmaker. 2.3. Deterrent factor, the chilling effect on the exercise of fundamental rights. **3. PROBLEMATIC ASPECTS REGARDING TERRORISM. 4. BIBLIOGRAPHY.**

1. INTRODUCCIÓN¹

El terrorismo constituye uno de los problemas más graves que afectan a la sociedad actual, no obstante, la forma de abordar la cuestión ha conducido en demasiadas ocasiones a violaciones masivas de derechos humanos (principalmente en el contexto de la mal llamada "Guerra contra el terror") y al recorte exagerado de libertades en *pro* de la seguridad, mediante medidas excepcionales de índole administrativa, procesal, penal y penitenciaria impuestas por los Estados.

En España, el debate relacionado con la legislación penal en materia de terrorismo y sus problemas derivados del respeto a los derechos fundamentales y a los principios limitadores del *ius puniendi* no es nuevo, pues nuestro país disponía ya de una legislación muy desarrollada al respecto desde hacía décadas (contando incluso con una autorización constitucional para la suspensión de determinados derechos fundamentales en casos de terrorismo en el art. 55.2 CE, la cual, como señala BAILONE,

¹ *Abreviaturas:* Constitución Española: CE; Código Penal: CP; Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: CS; Decisión Marco: DM; Ley Orgánica: LO; Naciones Unidas: ONU; Tribunal Constitucional: TC; Tribunal Europeo de Derechos Humanos: TEDH; TS: Tribunal Supremo; Sentencia del Tribunal Constitucional: STC; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; Unión Europea: UE.

instaura por primera vez en un Estado europeo la "ordinarización" de un derecho de emergencia²).

En 2015 (una vez más³), el legislador español acometió una profunda y acelerada reforma en materia de terrorismo mediante la LO 2/2015 (y una menor a través de la LO 1/2019) tras los atentados producidos en Francia a principios de 2015, arguyendo la necesidad de cumplir con mandatos impuestos internacionalmente⁴. Se produce con esta LO una mutación de la *definición* de los delitos de terrorismo (al prescindir de modo inequívoco del elemento estructural que tradicionalmente los había caracterizado⁵ y al ampliar su elemento teleológico⁶), y una extensión de las conductas típicas a fases muy alejadas de la real puesta en peligro de bienes jurídicos.

² BAILONE, en: Díez-PICAZO/NIETO MARTÍN (Coords.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, pág. 537.

³ Desde 1995, se han sucedido las siguientes reformas significativas en la materia: LO 7/2000, de 22 de diciembre; LO 7/2003, de 30 de junio; LO 5/2010, de 22 de junio; LO 1/2015, de 30 de marzo; LO 2/2015, de 30 de marzo; y LO 1/2019, de 20 de febrero.

⁴ A finales de 2014, el Grupo Popular pretendió una nueva modificación de los delitos de terrorismo a través de la introducción de doce enmiendas en la LO de Reforma del CP. Sin embargo, a principios de 2015, se produjo un giro en los acontecimientos. Como respuesta inmediata a los atentados de *Charlie Hebdo* en París el 7 de enero y a los de Copenhague semanas después, y en aplicación de la Resolución 2178 del CS, los partidos políticos PP y PSOE firmaron el 2 de febrero de 2015 el llamado "Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades en la lucha contra el terrorismo", del que emanó una Proposición de LO de reforma de los delitos de terrorismo, la cual fue aprobada prácticamente intacta. La Resolución 2178 a la que me he referido más arriba, es una decisión del CS adoptada por unanimidad en virtud del Capítulo VII de la Carta y cuya justificación se apoyó en "la creciente amenaza representada por los combatientes terroristas extranjeros a la que se enfrenta la comunidad internacional". Sus puntos más característicos son la confección del término original para el Derecho internacional de *combatiente terrorista extranjero*, y que exhorta a los Estados miembros a cerciorarse "de que sus leyes tipifiquen delitos graves que sean suficientes para enjuiciar y sancionar las conductas terroristas y sus nuevas formas de actuación". Es precisamente en esto último en lo que el legislador español justificó la necesidad de la reforma de los delitos de terrorismo, y así lo refleja en el Preámbulo de la LO 2/2015. La UE, por su parte, dada la sucesión de atentados en territorio de la Unión desde 2015, consideró que los instrumentos comunitarios en materia antiterrorista no eran suficientes para combatir el fenómeno ni para dar cumplimiento a lo previsto en la Resolución 2178 y en el Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Prevención del Terrorismo del Consejo de Europa de 2015 (a pesar de la reforma que en 2008 se realizó de la DM 2002/475/JAI sobre lucha contra el terrorismo). Es por ello que el 15 de marzo de 2017 se aprueba la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento y del Consejo, relativa a la lucha contra el terrorismo, que sustituye las DM de 2002 y 2008.

Como ya he adelantado, el legislador español no se quedó conforme con la reforma de 2015, y, amparándose en la "necesaria la transposición sin dilación de varias Directivas de índole penal" y en que "la LO 2/2015 se adelantó notablemente al contenido de la Directiva, [por lo que] algunos puntos divergen, lo que obliga a introducir ligeros ajustes", ha modificado ciertos extremos del Capítulo VII del CP a través de la aprobación de la LO 1/2019, de 20 de febrero.

⁵ A pesar de que una parte importante de la doctrina defiende que el injusto de los delitos de terrorismo se basa sustancialmente en el elemento estructural (sin ser exhaustiva: LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, págs. 35-36; en el mismo, CANCIO MELIÁ, pág. 52; GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/QUERALT (Dir.)/CARPIO BRIZ (Coord.), *La seguridad pública*, 2010, pág. 76; PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, 2017, pág. 323), la exigencia del elemento estructural sufrió ya en la reforma operada por la LO 7/2000 un importante varapalo, al modificarse el contenido del art. 577 CP para combatir de forma más eficaz el llamado "terrorismo urbano", introduciendo lo que se conoció en aquellos momentos como "terrorismo individual".

Es innegable que el Estado debe respetar los compromisos que contrae internacionalmente, si bien a la hora de legislar debe observar sus obligaciones en materia de derechos fundamentales. Así lo reconoce el TC en su STC 235/2007, de 7 de noviembre, cuando señala que "a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales", y que la libertad de configuración del legislador penal encuentra allí su límite. Y aunque esto puede parecer una obviedad, en demasiadas ocasiones parece que nuestro legislador penal y los tribunales olvidan el límite infranqueable que el respecto a los derechos fundamentales supone⁷.

El cambio de paradigma penal hacia un modelo prevencionista⁸, punitivista y de un bajo grado de garantismo⁹, ha hecho evolucionar la función de los derechos fundamentales como límite al *ius puniendi*¹⁰, lo que se hace notar, de manera ejemplar, en la legislación antiterrorista.

En general, podría decirse que todo tipo penal atenta desde más de un punto de vista contra los derechos fundamentales del individuo. Por un lado, la prohibición o mandato de actuar supone una injerencia en la libertad del destinatario de la norma de comportarse de manera distinta. Por otro, la pena que se impone por la infracción culpable de esa norma de conducta afecta a la libertad personal¹¹. Señala a este respecto MIR PUIG que el Derecho penal sirve como instrumento de defensa ante agresiones a derechos fundamentales; si bien a su vez, supone la injerencia en derechos fundamentales de los que delinquen. Así, la gran paradoja del Derecho penal, la que lo hace radicalmente problemático, es que constituye un intento de proteger derechos fundamentales mediante la lesión de otros derechos fundamentales¹².

Y es por ello precisamente que es necesaria una aproximación desde Derecho constitucional (concretamente de dogmática de los derechos fundamentales) al

Con la LO 2/2015, se da otro paso adelante. Según el legislador (y algunas Organizaciones Internacionales), la *nueva* amenaza terrorista –el *yihadismo*– no podía ser combatida con la legislación hasta entonces vigente (se refiere expresamente en el Preámbulo a "que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual"). Todo ello sin perjuicio de, por supuesto, seguir regulando la pertenencia y la colaboración con organizaciones terroristas (arts. 572 y 577 CP).

⁶ A las clásicas finalidades de "subversión del orden constitucional" y "alteración grave de la paz pública", se añaden dos nuevas ("desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional" y "provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella") y se amplía el apartado 1º, que añade el "suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo".

⁷ En este mismo sentido, aunque refiriéndose a la doctrina penalista, puede verse: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo*, 2012, págs. 56-57.

⁸ HUSTER, en: HUSTER/GARZÓN VALDÉS/MOLINA FERNÁNDEZ, *Terrorismo y derechos fundamentales*, 2010, págs. 9-30.

⁹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1995, págs. 851-852, en cuanto a su primera acepción de garantismo.

¹⁰ En este sentido: DE LUIS GARCÍA, en: BARONA VILAR (Ed.), *Claves de la justicia penal*, 2019, págs. 624 y 632.

¹¹ BÖSE, en: HEFENDEHL/VON HIRSCH (Dirs.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, pág. 132.

¹² MIR PUIG, en: BERISTAIN IPIÑA/DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, 1985, pág. 463.

Derecho penal antiterrorista. Sólo desde esta visión podría hacerse un estudio certero de cómo la legislación penal sustantiva se extralimita en ocasiones.

Así pues, el modesto objetivo de este trabajo es sentar sucintamente las bases para un test de vulneración de derechos fundamentales que podrían encarnar algunos tipos penales y su aplicación por los tribunales e identificar (simplemente) algunos de esos delitos, todos ellos concretamente de la legislación penal sustantiva en materia de terrorismo¹³. Solo se mencionarán supuestos problemáticos de Derecho penal sustantivo, aunque existan en nuestro país también graves conflictos entre las especiales¹⁴ legislaciones procesal y penitenciaria en materia de terrorismo¹⁵ y el respeto a los derechos fundamentales, lo que ha hecho que sea considerado por mucha doctrina como un auténtico Derecho penal, procesal y penitenciario del enemigo¹⁶.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LÍMITES

2.1. Límites al legislador penal

El art. 10.1 CE consagra que el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. En conexión con el art. 53.1 CE, los derechos y libertades reconocidos en la CE vinculan a todos los poderes públicos, siendo posible únicamente la regulación de su ejercicio por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial.

Como es bien sabido, los derechos fundamentales no son absolutos, y, por tanto, pueden estar sujetos a limitaciones¹⁷. Por supuesto, la posibilidad de limitar estos derechos, que constituyen el fundamento auténtico del Estado de Derecho¹⁸, requerirá una norma de habilitación o autorización constitucional; deberá estar justificada en la protección de otro bien constitucional o derecho; y, deberá cumplir las

¹³ Un estudio más profundo de si alguno de ellos vulnera algún derecho fundamental y cómo lo hace es una parte de mi tesis doctoral.

¹⁴ Refiriéndose al Derecho penal italiano, pero perfectamente trasladable al español: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1995, págs. 815-816.

¹⁵ Algunas de las particularidades de estas legislaciones son: la prórroga de la detención y el régimen de incomunicación (que ha motivado denuncias de torturas por parte de detenidos, muchas de las cuales han llegado hasta el TEDH), la suspensión del derecho a la Inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones en el curso de investigaciones por terrorismo; la suspensión de función o cargo público; la competencia para conocer de estos delitos de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Audiencia Nacional; la imposición de penas muy elevadas y la imposición de la pena de prisión permanente revisable para supuestos con resultado de muerte; unos regímenes específicos en materia de clasificación penitenciaria; la práctica de dispersión de los presos; la aplicación del régimen FIES; o las especialidades en el Derecho penal de menores.

¹⁶ Pueden verse: CANCIO MELIÁ, *Jueces para la democracia*, Nº44, 2002, págs. 19-26; PORTILLA CONTRERAS, *Jueces para la democracia*, Nº49, 2004, pág. 43; FARALDO CABANA, en: VARONA MARTÍNEZ/SOLETO MUÑOZ (Coords.), *Oñati socio-legal series*, Vol. 4, Nº3, 2014, págs. 459-460; LAMARCA PÉREZ, en: CUERDA RIEZU (Dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pág. 197.

¹⁷ STC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5º.

¹⁸ PÉREZ LUÑO, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº10, 1991, pág. 204.

distintas exigencias o requisitos constitucionales que pretenden asegurar la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, esto es, deberá respetar lo que se ha dado en llamar "los límites de los límites"¹⁹. AGUIAR DE LUQUE define estos últimos como el conjunto de institutos que, en cuanto requisitos formales y materiales para las leyes restrictivas de los derechos y libertades, operan a modo de límites de la capacidad limitadora del legislador en dicha materia²⁰. Así, encontramos los siguientes: como límite formal, la reserva de ley; y, como límites materiales, el principio de proporcionalidad y el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Aunque el principio de proporcionalidad no aparece como tal expresamente recogido en la CE, y se trata ante todo de una construcción de origen jurisprudencial y doctrinal y por lo general su aplicación por los tribunales no viene acompañada de una determinada concepción teórica de los derechos fundamentales que le preste apoyo, afirma LOPERA MESA que algunos de los recientes desarrollos doctrinales sobre este principio se proponen fundamentarlo en el marco común de una teoría general de los derechos en la que aquél se inserta de forma coherente²¹.

MIR PUIG ha calificado este principio en su sentido amplio como el fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal²², representando una vía para conducir el examen de constitucionalidad de medidas que suponen una intervención en derechos fundamentales²³. El principio integra a su vez clásicamente tres elementos o subprincipios (idoneidad, necesidad y principio de proporcionalidad en sentido estricto), los cuales, tratándose del control de leyes penales (que es lo que aquí interesa) adquirirán unos contenidos específicos²⁴. A estos tres elementos, hay que añadir lo que el TC ha llamado *prius* lógico para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso, que consistiría en precisar en primer término cuál es el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, cuales son los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma²⁵ (pues, como señala PRIETO SANCHÍS, si no existe tal fin y la actuación legal es gratuita, o si resulta ilegítimo desde una perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación²⁶).

Así, en primer lugar, la idoneidad implica discernir si la medida es realmente eficaz para cumplir con la finalidad para la que se creó la norma (en este caso, el límite). El segundo de los subprincipios, el de necesidad, se refiere a que no exista otro

¹⁹ MAGDALENO ALEGRÍA, *Revista de Derecho Político*, Nº69, 2007, págs. 190-191.

²⁰ AGUIAR DE LUQUE, Nº14, 1993, pág. 25.

²¹ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, págs. 71 y 100.

²² MIR PUIG, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal*, 2010, pág. 74. En esta obra apunta también que otros límites materiales reconocidos por los penalistas como los de necesidad de la pena, de subsidiariedad, *ultima ratio*, fragmentariedad e intervención mínima, lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, pueden integrarse en el principio constitucional de proporcionalidad en su sentido amplio.

²³ LOPERA MESA, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal*, 2010, pág. 108.

²⁴ *Ibid*, pág. 113.

²⁵ STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7º.

²⁶ PRIETO SANCHÍS, *Pensamiento Constitucional Año VIII*, Nº8, 2002, pág. 78.

medio menos restrictivo para preservar un determinado derecho o bien constitucional, eso sí, con igual grado de eficacia. Esto implica que la existencia de una alternativa menos gravosa no supone que la restricción sea, directamente, desproporcionada por fallar en el juicio de necesidad. Y, por último, se reconoce que existe proporcionalidad en sentido estricto si de la medida derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

En conexión con el principio de proporcionalidad, como se ha señalado antes, la CE ofrece un límite en su art. 53.1, la cláusula del respeto al contenido esencial del derecho sometido a restricción. De acuerdo con la STC 11/1981, de 8 de abril, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose.

2.2. La posición del TC ante los límites para el legislador penal

Afirma RODRÍGUEZ MONTAÑÉS que del análisis de la jurisprudencia constitucional se concluye que el control de la constitucionalidad de la ley penal se ha llevado a cabo, fundamentalmente, desde el principio de proporcionalidad (en conexión con el derecho a la legalidad penal y el contenido de los derechos fundamentales en cuestión en cada caso)²⁷.

La doctrina ha calificado generalmente la actitud del legislador respecto del control de constitucionalidad de las leyes penales como deferente²⁸, criticándose por parte de algunos una configuración tan poco exigente del mismo en este ámbito²⁹.

La STC 55/1996 resume perfectamente la posición que toma el TC ante el legislador penal, señalando "la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo (...) [Para ello] el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la CE, de un amplio margen de libertad que deriva

²⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo*, 2012, págs. 57.

²⁸ FOSSAS ESPADALER, *REDC*, Nº35, págs. 309-312 (en este trabajo también analiza la posición del TEDH ante el legislador penal, que también califica como deferente); LASCURAÍN SÁNCHEZ, *InDret*, Nº3/2012, pág. 29, que señala al TC como "restrictivo en la interpretación del marco constitucional penal pero deferente en el juicio final de inclusión de la norma en dicho marco"; LOPERA MESA, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal*, 2010, pág. 127; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo*, 2012, pág. 60; y LÓPEZ GARRIDO/MARTÍNEZ ALARCÓN, en: LÓPEZ GARRIDO (Dir.), *Lecciones de Derecho constitucional*, Vol. II, 2018, pág. 32, que califican al TC como de "especialmente cauteloso".

²⁹ LOPERA MESA, en: MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal*, 2010, págs. 128-137; o FOSSAS ESPADALER, *REDC*, Nº35, pág. 330, que señala como paradójico que "al ejercer el más terrible de los poderes, el poder de castigar, el legislador se vea sometido, según la jurisprudencia, a tan pocos y tan débiles límites materiales derivados de la CE", y se pregunta "hasta qué punto la CE opera como límite material al legislador penal, y cuál es su eficacia para asegurar el programa garantista del Derecho penal mínimo".

de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática³⁰. Y es precisamente esta posición constitucional del legislador penal la que hace difícil la intervención del Alto Tribunal para fundamentar el control de constitucionalidad de las leyes que limitan derechos fundamentales, ya que, en estos casos, debe resolver la relación de tensión que existe entre el legislador y el juez constitucional, pues, en efecto, todos los subprincipios integrantes del mismo se proyectan sobre una serie de decisiones de naturaleza fundamentalmente política³¹.

Aunque la STC 60/2010, de 7 de octubre (FJ 7º), tras mencionar la Sentencia arriba citada, dictamina que "en la perspectiva institucional propia de la delimitación de las funciones respectivas del legislador penal y de este TC, debe precisarse que la propia CE, contempla límites más exigentes en el caso de las normas penales que en el de otras decisiones de aquél, debido, precisamente, al alcance de los efectos que de aquellas se derivan, puesto que cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera"³².

2.3. Factor de disuasión, el efecto de desaliento en el ejercicio de derechos fundamentales (*chilling effect*)

Además de los límites mencionados más arriba, el TC acogió hace años la conocida como doctrina del efecto del desaliento en el ejercicio de derechos fundamentales o *chilling effect*, y la integró en la estructura argumental del principio de proporcionalidad³³. Esta doctrina proviene de la jurisprudencia constitucional estadounidense, la cual ha utilizado para declarar inconstitucionales normas que sancionaban conductas que pueden desalentar al conjunto de los ciudadanos del ejercicio de sus derechos ante el temor a ser sancionados por infringir una norma cuyo alcance resulta impreciso, ya sea por su excesiva amplitud (*overbreadth*) o por la vaguedad (*vagueness*) con que aparece definido³⁴.

³⁰ STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6º y 7º.

³¹ LÓPEZ GARRIDO/MARTÍNEZ ALARCÓN, en: LÓPEZ GARRIDO (Dir.), *Lecciones de Derecho constitucional*, Vol. II, 2018, pág. 32.

³² Esta posición que ha calificado la doctrina mayoritaria como deferente hacia el legislador penal se extrae de la práctica llevada a cabo por el TC. Así, desde que el intérprete constitucional comenzara su actividad, únicamente existen veinticuatro sentencias sobre procesos de control de constitucionalidad de leyes penales. Un excelente trabajo sobre esta cuestión, que analiza y clasifica estos pronunciamientos del TC: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *InDret*, Nº3/2012.

³³ CUERDA ARNAU, *RGDP*, Nº8, 2007. Cabe mencionar aquí el debate doctrinal sobre que el desaliento constituye siempre un problema de legalidad y no de proporcionalidad (por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, *REDC*, Nº75, 2005, pág. 97, nota al pie 119), aunque CUERDA ARNAU señala que "puede producirse en ambos momentos del sistema punitivo, y que, precisamente, la utilidad de esta doctrina es la de operar como exigencia adicional de justificación frente a tipos que, pese a su relativa indeterminación, superan el filtro de la legalidad".

³⁴ CUERDA ARNAU, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº3, 2008, pág. 91.

La introducción de esta doctrina se realizó por el TC claramente en su famosa STC 136/1999, de 20 de julio³⁵, al señalar que "una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada".

3. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS EN MATERIA DE TERRORISMO

No existe en la legislación penal otro ejemplo más significativo de un conjunto de preceptos tan criticados y tan problemáticos como los de terrorismo, lo que es particularmente grave en un Estado social y democrático de derecho como el nuestro, por precisamente representar la parcela del Derecho penal que consecuencias más graves tiene para sus procesados y condenados.

Aun así, podemos identificar los siguientes supuestos problemáticos, cuya tipificación e interpretación por los tribunales debería ser llevada a cabo desde una perspectiva de derechos fundamentales:

- Los arts. 578 (enaltecimiento y justificación del terrorismo) y 579 (difusión de mensajes o consignas) con los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información, y, por otro lado, a la libertad ideológica³⁶. La indefinición de estos artículos provoca unas interpretaciones desmesuradas por parte de nuestros tribunales, que inobservan en muchas ocasiones el contexto en el que son vertidas las declaraciones a enjuiciar (por ejemplo, por declaraciones satíricas o críticas que incluían referencias a las desaparecidas organizaciones ETA y GRAPO, generalmente por personas que nada tenían que ver con su entorno)³⁷.

³⁵ Esta STC resolvió un recurso de amparo presentado contra la STS que condenaba a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna a siete años de prisión como autores de un delito de colaboración con banda armada, por haber pretendido, en periodo de campaña electoral, emitir unos videos y unas cuñas radiofónicas en que se transmitían mensajes de ETA. Los recurrentes alegaron la violación de sus derechos fundamentales a las libertades de expresión e información (art. 20 CE), a la participación en asuntos públicos (art. 23 CE). Sobre la importancia de esta STC: MARTÍNEZ-PUJALTE, *Persona y Derecho*, Nº54, 2006, págs. 75-116; CUERDA RIEZU, en: Díez RIPOLLÉS (Coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, 2002, págs. 237-256; DE DOMINGO PÉREZ, *Revista de estudios políticos*, Nº122, 2003, págs. 141-166.

³⁶ Para un delito de enaltecimiento configurado de forma tan criticable, existen algunos estudios sobre la posible vulneración de derechos fundamentales que podría acarrear. Sin ser exhaustiva: BOZA MORENO, en: DEL CARPIO DELGADO/GARCÍA ÁLVAREZ (Coords.), *Derecho Penal: la espada y el escudo de los Derechos Humanos*, 2018, págs. 183-215; MAGDALENO ALEGRÍA, *Revista de Derecho Político*, Nº69, 2007, págs. 181-222; o CABELLOS ESPIÉRREZ, *REDC*, Nº112, 2018, págs. 45-86.

³⁷ Casos muy conocidos de condenas por enaltecimiento del terrorismo como las de los cantantes Valtonyc, Pablo Hásel o César Strawberry. Cabe mencionar que la condena que el TS impuso a este último por enaltecimiento del terrorismo ha sido anulada por el TC, que reprocha precisamente que no se valorara la intencionalidad de los tuits que publicó el cantante, vulnerando su derecho a la libertad de expresión (STC 35/2020, de 25 de febrero).

- El nuevo art. 575.1 prevé el delito de adiestramiento o adoctrinamiento pasivo, que lo comete aquél que con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en el Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas. En el apartado 2 del precepto, se castiga a quien con la misma finalidad, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior, lo que se ha denominado como autoadoctrinamiento (se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a servicios de comunicación accesibles al público o adquiera o tenga en su poder documentos cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con ellos o en sus fines. Los apartados 1 y 2 del nuevo art. 575 tienen implicaciones en materia de derecho a la información y al derecho al libre pensamiento.

- El nuevo delito de viaje o establecimiento en el extranjero del art. 575.3 (antes de la LO 1/2019, la conducta típica era "el viaje o establecimiento en zonas controladas por una organización terrorista"), en su modalidad consumada, podría comprometer la libertad de movimiento. Y por otro lado, en el caso de la tentativa, el que se castigue la idea de viajar o establecerse en territorio extranjero podría entrar en el ámbito del ejercicio del derecho al libre pensamiento.

- El art. 573.4 bis prevé el delito de desórdenes públicos de naturaleza terrorista, cuando se cometan por una organización o grupo terrorista o individualmente pero amparados en ellos, el cual podría comprometer el derecho de reunión y manifestación pacífica y la libertad de expresión.

Como se ha apuntado en la introducción de este trabajo, la doctrina penalista mayoritaria afirma desde hace años que el Derecho penal antiterrorista representa una legislación deficiente que inobserva los más básicos principios del Derecho penal y que atenta en ocasiones contra derechos fundamentales³⁸. También instituciones internacionales de derechos humanos (tanto del sistema de la ONU como del Consejo de Europa), han venido advirtiendo a España sobre las vulneraciones de derechos fundamentales que la legislación penal en materia de terrorismo podría suponer, sobre todo, por las formulaciones ambiguas de sus preceptos³⁹. A pesar de todo ello, el legislador español no hace sino reformar una y otra vez una legislación que ya de por sí era problemática, y no precisamente para mejorarla. Así pues, la LO 2/2015, supuso la introducción de unos tipos mucho más severos y confusos, que vuelven a plantear problemas en materia de derechos fundamentales, pues dada su amplitud, dejan un

³⁸ Dos ejemplos significativos de la crítica mayoritaria por parte de la doctrina española a aspectos de la regulación: GEPC, *Una alternativa*, 2010, firmado por 54 penalistas; o las respuestas a la encuesta realizada en: ARROYO ZAPATERO/CRESPO BARQUERO/GONZÁLEZ CUSSAC/QUINTERO OLIVARES/ORTS BERENGUER, *La reforma del Código Penal*, 2006, págs. 161-171, a la pregunta ¿Estima satisfactoria la actual regulación de los delitos de terrorismo?.

³⁹ Entre otros: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/ESP/CO/5, de 5 de enero de 2009, <https://undocs.org/es/CCPR/C/ESP/CO/5> (último acceso 19/12/2020); Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de diciembre de 2008, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/173/77/PDF/G0817377.pdf?OpenElement> (último acceso 19/12/2020)

margen a la interpretación sin precedentes, que podrían hacer que situaciones que no tienen que ver con el terrorismo fueran tratadas como tal. Desafortunadamente, la praxis interpretativa de nuestros tribunales en la materia tampoco sigue una tendencia que intente satisfacer el respeto al contenido esencial de algunos derechos⁴⁰, y, por supuesto, mucho menos la jurisprudencia constitucional, pues, como ya hemos tenido la ocasión de ver más arriba, su análisis de constitucionalidad en materia penal ha sido más bien escaso (por lo que será difícil que en algún momento entre a controlar constitucionalmente preceptos tan impregnados de tintes políticos como los de terrorismo)⁴¹.

⁴⁰ PAREDES CASTAÑÓN, en: FERNÁNDEZ TERUELO/GONZÁLEZ TASCÓN/VILLA SIEIRO (Coords.), *Estudios penales*, 2013, págs. 499-500.

⁴¹ Aunque sí declaró la STC 235/2007, de 7 de noviembre, inconstitucional el delito de negación del genocidio, siendo algunas de sus argumentaciones, en mi opinión, extrapolables al delito de enaltecimiento de terrorismo. Así, el TC estableció lo siguiente: "aceptando el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra CE. (...) La literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través, constituye un límite infranqueable para el legislador penal. En tal sentido, no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del CP, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional. Más allá del riesgo, indeseable en el Estado democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales".

4. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº14, 1993, págs. 9-34.
- ARROYO ZAPATERO, Luis/CRESPO BARQUERO, Pedro/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/ORTS BERENGUER, Enrique, *La reforma del Código Penal tras 10 años de vigencia*, Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 161-171.
- BAILONE, Matías, "El antiterrorismo como paradigma de desaliento de la participación ciudadana", en: Díez-PICAZO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán (Coords.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, págs. 529-546.
- BÖSE, Martin, "Derechos fundamentales y Derecho penal como 'derecho coactivo'", en: HEFENDEHL, Roland/VON HIRSCH, Andrew (Dir.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 137-146.
- BOZA MORENO, Elena, "El enaltecimiento del terrorismo y la libertad de expresión", en: DEL CARPIO DELGADO, Juana/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (Coords.), *Derecho penal: la espada y el escudo de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 183-215.
- CABELLOS ESPÍERREZ, Miguel Ángel, "Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales", *REDC*, Nº112, 2018, págs. 45-86.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", *Jueces para la democracia*, Nº44, 2002, págs. 19-26.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, "El concepto jurídico-penal de terrorismo", en: CUERDA RIEZU, Antonio Rafael (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, págs. 45-66.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, "Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento", *RGDP*, Nº8, 2007.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, "Terrorismo y libertades políticas", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº3, 2008, págs. 61-97.
- CUERDA RIEZU, Antonio Rafael, "Proporcionalidad, efecto, desaliento y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna", en: Díez RIPOLLÉS, José Luis (Coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 237-256.
- DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, "La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado 'chilling effect' o 'efecto desaliento'", *Revista de estudios políticos*, Nº122, 2003, págs. 141-166.

- DE LUIS GARCÍA, Elena, "Derechos humanos y justicia penal: ¿límite o fundamento?", en: BARONA VILAR, Silvia (Ed.), *Claves de la justicia penal: feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 619-634.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El control de constitucionalidad de las leyes penales", *REDC*, Nº75, 2005, págs. 59-106.
- FARALDO CABANA, Patricia, "Luces y sombras del papel atribuido a los intereses patrimoniales de la víctima durante la ejecución de condenas por terrorismo", en: VARONA MARTÍNEZ, Gema/SOLETO MUÑOZ, Helena (Coords.), *Oñati socio-legal series* (Ejemplar dedicado a: Restorative Justice in Terrorist Victimisations: Comparative Implications), Vol. 4, Nº3, 2014, págs. 443-464.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- FOSSAS ESPADALER, Enric, "Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional", *REDC*, Nº35, págs. 305-332.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, "Notas para un concepto funcional de terrorismo", en: MIR PUIG, Santiago/QUERALT JIMÉNEZ, Joan (Dirs.)/CARPIO BRIZ, David (Coord.), *La seguridad pública ante el Derecho penal*, Edisofer-Bdef, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2010, págs. 59-88.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- HUSTER, Stefan, "Terrorismo y derechos fundamentales", en: HUSTER, Stefan/GARZÓN VALDÉS, Ernesto/MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Terrorismo y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, págs. 9-30.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, "La definición del terrorismo", en: CUERDA RIEZU, Antonio Rafael (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, págs. 27-44.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, "La excepcionalidad procesal en materia de terrorismo. Una visión general", en: CUERDA RIEZU, Antonio Rafael (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, págs. 197-210.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional", *InDret*, Nº3/2012, pág. 29.
- LOPERA MESA, Gloria, "Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal", en: MIR PUIG, Santiago/QUERALT JIMÉNEZ, Joan (Dirs.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 105-138.
- LOPERA MESA, Gloria, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego/MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, "Lección 31. Constitución y derechos. La teoría general de los derechos fundamentales", en: LÓPEZ GARRIDO,

- Diego (Dir.), *Lecciones de Derecho constitucional de España y de la Unión Europea*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 13-40.
- MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio, "Libertad de expresión, terrorismo y límites de los Derechos fundamentales", *Revista de Derecho Político*, Nº69, 2007, págs. 181-222.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, "Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad", *Persona y Derecho*, Nº54, 2006, págs. 75-116.
- MIR PUIG, Santiago, "Derechos humanos y límites del Derecho penal", en: BERISTAIN IPIÑA, Antonio/DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, Instituto Vasco de Criminología, Donostia-San Sebastián, 1985, págs. 463-479.
- MIR PUIG, Santiago, "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal", en: MIR PUIG, Santiago/QUERALT JIMÉNEZ, Joan (Dir.)/FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 67-104.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, "La impunidad como práctica interpretativa: sobre el desprecio de la jurisdicción penal por el derecho internacional de los derechos humanos", en: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo/GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta/VILLA SIEIRO, Sonia Victoria (Coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, págs. 491-504.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch: Universidad de Salamanca, Valencia, 2017.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "Las generaciones de derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº10, 1991, págs. 203-217.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal penal del enemigo", *Jueces para la democracia*, Nº49, 2004, págs. 43-50.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *Pensamiento Constitucional Año VIII*, Nº8, 2002, págs. 61-102.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito: una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.