

*Grau en Dret*  
Treball de fi de Grau (21067/22747)  
Curs acadèmic 2018-2019

**EL BINOMIO SEGURIDAD - LIBERTAD**  
ANÁLISIS Y CRÍTICAS DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA  
ANTITERRORISTA DESDE EL DERECHO PENAL DEL  
ENEMIGO

Alice Moran Tlemçani  
175165

Tutor del treball:  
Aida Torres Pérez

## DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, Alice Moran Tlemçani, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en sóc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Com a autor/a de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en qualsevol altra plataforma digital creada per o participada per la Universitat, d'accés obert per Internet. Aquesta autorització té caràcter indefinit, gratuït i no exclusiu, és a dir, sóc lliure de publicar-la en qualsevol altre lloc.



Alice Moran Tlemçani  
A Barcelona, 2 de juny del 2019

**RESUMEN:** A lo largo de las últimas décadas, el fenómeno terrorista de corte yihadista se ha colocado en el centro de la agenda política de las democracias occidentales. Todos los países modernos han legislado al respecto y las organizaciones supranacionales ofrecen indicaciones a sus miembros para que introduzcan cambios jurídicos en aras de preservar la seguridad nacional. Así ocurrió en España después de los ataques de Charlie Hebdo; se produjo la reforma del Código Penal en materia antiterrorista de la mano de la LO 2/2015, que suscitó no poca polémica. El presente estudio pretende profundizar en la modificación, analizándola desde la perspectiva del Derecho penal del enemigo. Para ello, se expondrá la tesis del autor Günther Jakobs y se relacionará la misma con otros conceptos. A continuación, se comprobará si la legislación española casa con dicha teoría, analizando las consecuencias prácticas que ha traído consigo la reforma.

**PALABRAS CLAVE:** terrorismo, derecho penal del enemigo, libertad de expresión, estado de excepción, incapacitación, estado social y de derecho, liberalismo, constitución.

**ABSTRACT:** Over the past decades, the jihadist terrorist phenomenon has been incorporated in the public policy agenda of modern democracies. All western countries have legislated in this sense, and supranational organizations have been providing indications to their state members to introduce legal changes for the sake of preserving national security. This also happened in Spain after the attacks of Charlie Hebdo; the Criminal Code was reformed in the terrorism field by the Organic Law 2/2015, which has ignited a major polemic. The present study wants to deepen in the reform, analyzing it from the perspective of the criminal law of the enemy. Because of this, the thesis of the author Günther Jakobs will be exposed and it will be connected to other concepts. Finally, we will check if the Spanish legislation matches with Jakob's theory, analyzing the practical consequences that the reform has brought.

**KEY WORDS:** terrorism, criminal law of the enemy, freedom of speech, state of exception, incapacitation, social state based in the rule of law, liberalism, constitution.

## ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	2
1. INTRODUCCIÓN .....	3
2. EL ESTADO Y EL ENEMIGO .....	4
2.1. La configuración del Estado Liberal.....	4
2.2. El concepto de estado de excepción .....	7
2.3. El estado de excepción y el Estado social y de Derecho actual.....	9
2.4. Derecho penal del enemigo .....	11
3. EL ENEMIGO DEL ESTADO Y EL FENÓMENO TERRORISTA A PARTIR DE LA REFORMA LO 2/2015 .....	17
3.1. Puntos clave de la reforma.....	17
3.2. Ampliación del tipo penal.....	19
3.3. El paradigma de la reforma LO 2/2015: el artículo 578.....	21
3.4. Comentario al caso de César Strawberry.....	25
3.5. El estado de excepción como regla: la discrecionalidad y la lucha antiterrorista .....	28
4. CONCLUSIONES .....	33
5. BIBLIOGRAFÍA .....	34

## **ABREVIATURAS**

A.N.	Audiencia Nacional
art.	Artículo
Coord/s.	Coordinador/es
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
Dir/s.	Director/es
ETA	Euskadi Ta Askatasuna
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p/pp.	Página/s
s.	Siguiente
ss.	Siguientes
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Vol.	Volumen

## 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de las últimas décadas se han producido múltiples reformas en el Código Penal español. Siguiendo el trazado legislativo llegamos al momento actual; la LO 2/2015 por la que se modifica el CP en materia de delitos de terrorismo. Esta ley encuentra su origen en el "Acuerdo para afianzar la Unidad en Defensa de las Libertades y en la Lucha contra el Terrorismo", o el pacto de estado que en su día convinieron -entre otras- las dos principales fuerzas políticas del país. A pesar de la polémica que provocó la reforma del CP, el presente estudio no pretende ser un análisis exhaustivo de los cambios efectuados en el mismo, aunque se considerarán -en relación a otros conceptos- algunos de sus puntos clave.

El punto de fuga de este estudio es el papel del Estado como garante de la seguridad nacional, tanto en la faceta de la libertad ciudadana como en la restricción de la misma, atendiendo al fenómeno terrorista que asola Occidente y poniendo el foco en el caso español. A lo largo de este trabajo se planteará si la injerencia del Estado está justificada y si la limitación de algunos derechos fundamentales -como la libertad de expresión- obedece a una necesidad fruto de la defensa de la seguridad nacional, o si por el contrario atiende a otros fines difícilmente justificables en términos de legitimidad.

Para llevar a cabo este trabajo se cuestionarán algunas vértebras de nuestro Derecho desde la perspectiva ontológica del Pacto Social -para intentar comprender los límites del Estado en esta materia-. Esto se hará partiendo de las tesis de distintos contractualistas y, relacionándolo con lo anterior, se hará referencia al concepto de Derecho penal del enemigo. Finalmente se analizará la respuesta punitiva que dio el Ordenamiento jurídico-penal español en 2015 y como su aplicación ha dado lugar a situaciones controvertidas a nivel jurisprudencial.

## 2. EL ESTADO Y EL ENEMIGO

### 2.1. La configuración del Estado Liberal

El debate sobre el derecho a la seguridad es una discusión que ha llenado infinitud de libros. Esta tesis va a empezar a ser expuesta, para no sobredimensionar el apartado, por el siglo XVII, con Thomas Hobbes y John Locke. De esos fundamentos y esas dos formas distintas de pensar el Estado y la seguridad aterrizaremos en la actualidad, tras todos los cambios que ha habido a lo largo de estos tres siglos, y analizaremos la cuestión con las herramientas del constitucionalismo y la penalística moderna.

En primer lugar, Thomas Hobbes en su magna obra *El Leviatán* liga de manera indisoluble dos binomios: la seguridad con la paz y la seguridad con el Estado. La primera pareja son sinónimos, la segunda significa en el pensamiento de Hobbes la única manera de que el hombre conozca esa paz-seguridad; el Estado. Así, para Hobbes el estado de naturaleza en el que no hay una sociedad es un estado de guerra<sup>1</sup> entre los hombres, de inseguridad, por lo tanto. En este estado donde el hombre es un lobo para el hombre (*homo homini lupus*), hay una carencia total de seguridad; los individuos no llegan si quiera a vivir todos los años de sus vidas<sup>2</sup> fruto de la violencia perpetua. Por lo tanto, el Estado -absolutista- es para Hobbes la panacea de la seguridad entre otras: un monarca absoluto garantiza la tranquilidad<sup>3</sup>, y con ella la paz y la seguridad.

En cambio, en John Locke vemos un planteamiento algo distinto respecto al Estado, creando un modelo que sirve, entre las aportaciones de otros autores y en concreto los del movimiento de la Ilustración, para fundamentar el ordenamiento jurídico a partir de la Revolución

---

<sup>1</sup> Hobbes, T. (1651) "Leviatán", Madrid, Editora Nacional, p. 41

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 54

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 52 y ss.

Francesa (1789-1799) y a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX. Es una concepción expresada principalmente en el *Segundo Tratado del Gobierno Civil* (1689) y que entiende al individuo como un sujeto con derechos inherentes, absolutos, en un supuesto estado de naturaleza. El Estado, como forma de comunidad política, surge entonces y siempre según Locke como evolución lógica de un estado de naturaleza primitivo<sup>4</sup>, con la finalidad de impartir justicia, pero sobre todo para garantizar la defensa de esos derechos inherentes. En Locke, los individuos depositan<sup>5</sup> en el Estado la vigilancia sobre sus derechos a través del pacto social. Por ello el Estado, como creación de los individuos, no debe vulnerar de forma alguna esos derechos.

En la Revolución Francesa se configuran como tales, en el art. 2 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y justo un siglo más tarde que la fecha de publicación del libro mencionado, la libertad, la seguridad, la propiedad y la resistencia a la opresión. La seguridad figura como uno de los derechos inherentes del ser humano que el Estado ha de garantizar, no sólo entre los miembros de la comunidad política formada sino también en su actuación como Estado: Locke concibe esos derechos inherentes como límites al poder del Estado<sup>6</sup>, creando a nivel teórico un enfrentamiento entre el individuo y el Estado. Es a partir de la Revolución Francesa y de las revoluciones liberales decimonónicas que verdaderamente podemos hablar en Occidente de garantías procesales y penales. Así, y poniendo el foco en el derecho penal, se formulan principios y garantías tales como la presunción de inocencia y el principio de legalidad de los delitos y las penas<sup>7</sup>. También es importante aquí la

---

<sup>4</sup> Locke, J. (1689) “Segundo Tratado del Gobierno Civil”, Madrid, Alianza Editorial, p. 22 y ss.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, pp. 33 y ss.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, pp. 35 y ss.

<sup>7</sup> Ramos, I. (2014) “La individualización judicial de la pena en la primera codificación francesa y española”, Madrid, AHDE, tomo LXXXIV, pp. 9 y ss.



individualización de la pena, en el sentido de que se considera al individuo -y solamente a él- responsable de sus propios actos<sup>8</sup>. Entre otras, quizás a nivel dogmático el cambio más importante es el de la aplicación de la legislación penal únicamente en los casos de vulneración de derechos más graves, relegándola a la última ratio<sup>9</sup>.

Haciendo un salto de un siglo desde la Revolución Francesa hasta el siglo XX, vemos como el Estado liberal, construido entorno a esa pugna entre el individuo y el Estado, muta hacia un Estado social y de Derecho a partir de la Constitución de Weimar (1919). Ahora el Estado no se limita a garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del ciudadano, sino que pasa a intervenir activamente para asegurar el goce de esos derechos por parte del ciudadano<sup>10</sup>. Sin embargo, de esos Estados que empiezan a ser sociales a nivel constitucional hasta nuestros días, Europa experimentó una serie de regímenes autoritarios cuyas dinámicas de poder y normatividad no cuestionaron solamente el derecho constitucional de la época, sino que cuestionaron los principios mismos de la legislación vigente en aquel momento. A través de lo que se conoce como estado de excepción, las instituciones procesales y penales fueron socavadas a consciencia, y se volvió a usar el Derecho penal como arma que blandir frente a determinados grupos poblacionales que no eran del agrado del poder; del soberano. En la Italia fascista (1922-1943) y en la Alemania nacionalsocialista (1933-1945), según Carl Schmitt, el gran ideólogo del derecho nacionalsocialista, se reveló quién era el verdadero soberano, con una concepción del mismo en las antípodas del liberalismo: soberano es quien puede decretar un estado de excepción<sup>11</sup>. Pero, ¿qué es el estado de excepción?

---

<sup>8</sup> Beccaria, C. (2015) “De los delitos y las penas”, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 48 y ss.

<sup>9</sup> Carnevali, R. (2008) “Derecho Penal como ratio. Hacia una política criminal racional”, Revista Ius et Praxis, año 14, n° 1

<sup>10</sup> Villar, L. (2007) “Estado de derecho y Estado social de derecho”, Revista Derecho del Estado, n.º 20, pp. 83 y ss.

<sup>11</sup> Samir, F. (2006) “Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt”, Argumentos, vol. 19, n° 52

## 2.2. El concepto de estado de excepción

La concepción misma de lo que es un estado de excepción en el Estado social y de Derecho, de la mano de sus defensores y detractores, nos va a permitir entender la tesitura en la que nos encontramos actualmente respecto al terrorismo y sus actores. El juego entre el poder estatal, la consecución de la justicia y la seguridad y el precio a pagar por los mismos es, sin lugar a duda, una de las cuestiones más trabajadas en la Modernidad, descrita brevemente en la introducción histórica anterior.

Primeramente, Giorgio Agamben, gran detractor del mismo en su saga *Homo Sacer*, señala que el estado de excepción se encuentra en la zona gris entre el ordenamiento jurídico vigente en un Estado moderno concreto y la no existencia de ese ordenamiento jurídico. Ni está dentro, ni está fuera<sup>12</sup>: el estado de excepción es la facultad del poder para dictar medidas y aplicarlas sin control por parte del resto del resto de poderes del Estado, vulnerando en el camino los principios y garantías penales; es algo intermedio entre el ordenamiento jurídico y su contrario, o no-ordenamiento. El estado de excepción, a su vez, tiene plena legalidad, pese a que su puesta en marcha precisamente es antagónica a la legalidad vigente en ese momento: está previsto en la mayoría de constituciones del mundo, incluyendo en la alemana de 1919-1949, que lo recogía en el art. 48 de la Constitución de Weimar. Este artículo permitía suspender de forma indefinida parte de los derechos fundamentales de los ciudadanos alemanes.

Se podría considerar que el estado de excepción es entonces la anarquía que se temía Hobbes, dado que ya no se sigue el ordenamiento jurídico o, en otras palabras, la normalidad legal. Sin

---

<sup>12</sup> Agamben, G. (2005) “Estado de excepción. Homo Sacer I y II”, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, pp. 59 y ss.

embargo, nada más lejos de la realidad: para Hobbes, la existencia de un soberano permitía el orden, un orden entre iguales en los que el poder soberano se mantenía por encima de todos ellos. Por lo tanto, siguiendo la línea hobbesiana y vinculándola aquí con la cita anterior de Schmitt<sup>13</sup>, en el estado de excepción, donde se revela quién es verdaderamente el soberano - monarca absoluto o Führer-, hay un orden, un orden totalizante y absoluto. Precisamente por ser totalizante, para Hobbes el soberano tiene poder absoluto sobre la vida y la muerte, y Schmitt, en completa sintonía, añade que además el soberano tiene derecho a identificar a los enemigos del Estado, y aplicarles el *ius belli*, o Derecho de guerra. Como se puede observar, para Schmitt sí hay una legalidad defendible, lo que sucede es que esta es excepcional y responde a los intereses de la nación; en este caso, la *aria*. Además, hay unos sujetos identificables contra los que el Derecho penal ha de actuar: el Estado deja de configurarse como un sujeto administrador de justicia para pasar a ser un actor, en toda la gravedad de la palabra, en el juego político, y que aprovecha el aparato estatal para conseguir sus objetivos ideológicos.

Es en la dicotomía normalidad y excepcionalidad en la que se mueve Schmitt a la hora de analizar la cuestión<sup>14</sup>. Para él, todo el Derecho se mueve entre esas dos variables; el Estado ha de ser un ente que actúa para preservar los intereses de la nación, y para ello ha de eliminar a los opositores a la misma. El concepto nación se carga de contenido ideológico, y a su vez se vincula con el soberano: el “soberano” decide cuándo se debe ejecutar el estado de excepción en beneficio de la nación. Es por lo tanto un soberano activo, que toma decisiones. Se pasa de una concepción de soberanía nacional/popular, que a través de la democracia representativa

---

<sup>13</sup> Marcos, D. (2004) “Acerca de los conceptos de política y soberanía en Carl Schmitt y Thomas Hobbes”, Foro Interno, nº 4, pp. 53 y ss.

<sup>14</sup> Hernando Nieto, E. (2000) “Entre la Excepción y la Regla: El Decisionismo Jurídico frente a la Escuela de Frankfurt”, Themis, nº 40, pp. 223 y ss.

*regula* la vida en sociedad, a una soberanía que *decide* acciones, que se personaliza tanto a nivel teórico como práctico. En cuanto a teoría, el soberano es Dios<sup>15</sup>, pero no un Dios indolente y recreativo -libre albedrío, la libertad liberal- sino actuante, que tiene una serie de intereses que debe ver realizados, pues es omnipotente. En la práctica, el soberano Dios es el Estado alemán, la nación aria y el NSDAP<sup>16</sup>, encarnados todos ellos en el Führer. En palabras de Goebbels en 1934, cuando Hitler se convierte legalmente en el Führer y se pasa del ordenamiento jurídico al estado de excepción previsto constitucionalmente, significa que “*la voluntad del Führer ha quedado establecida totalmente, los votos ya no importan más. Sólo el Führer decide*”.

### **2.3. El estado de excepción y el Estado social y de Derecho actual**

Una vez tratado Agamben, cuyo punto de fuga para la teoría desarrollada en *Homo Sacer* eran los campos de concentración nacionalsocialistas y sus atrocidades, y a Schmitt, cuyo objetivo principal era fundamentar jurídicamente el régimen criticado por Agamben, es posible que se llegue a la conclusión que las nefastas consecuencias que puede desarrollar un estado de excepción han sido ya soterradas por la toma de Berlín en 1945 por las tropas aliadas. Sin embargo, nada más lejos de la realidad.

Se van a tratar dos elementos, de los cuáles el primero de ellos va a ser mencionado sucintamente para pasar al segundo. Esta primera área de trabajo versa sobre el estado de excepción regulado por la Constitución Española de 1978. En efecto, la CE 1978 regula en sus arts. 116.2 y 116.3 los estados de alarma y excepción, respectivamente. La gran diferencia con la Constitución de Weimar, quizás, es la imposibilidad de disolver las Cortes Generales

---

<sup>15</sup> Nosetto, L. (2014) “Lecturas de Carl Schmitt. Forma y contenido de la teología política”, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Gino Germani, pp. 12 y ss.

<sup>16</sup> Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei

mientras duren estos estados (art. 116.5 CE), así como el hecho de que durante los mismos “el Estado y sus agentes” siguen manteniendo el principio de responsabilidad establecido por el ordenamiento jurídico (art. 116.4 CE), cosa impensable en la teoría schmittiana al respecto del Estado-Führer todopoderoso. Sin duda, el legislador español de 1978, siendo consciente de las experiencias dictatoriales recién superadas, esperaba de esta forma evitar posibles situaciones drásticas como las de mediados de siglo XX. Sin embargo, la esencia permanece: el estado de excepción supone el Gobierno que asume todas las facultades extraordinarias previstas en la CE y en la LO de Estados de Alarma, de Excepción y de Sitio (LO 4/1981, de 1 de junio), pudiendo llegar a designar una autoridad militar que, a sus órdenes, ejecute las medidas que pueda dictar<sup>17</sup>. A su vez, permite vulnerar Derechos Fundamentales como la libertad de circulación, la libertad de expresión, la intimidad, la privacidad de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio y la libertad de manifestación.

Sin embargo, este estado de excepción, decretado desde la legalidad de nuestro ordenamiento jurídico, no ha sucedido en lo que llevamos de democracia. Dado que este no es el objeto del estudio, vamos a pasar al segundo elemento a tratar. Walter Benjamin, filósofo judío alemán contemporáneo a Schmitt y perseguido por el régimen nacionalsocialista precisamente por ello, señalaba lo contrario a éste: que el Estado de excepción en las democracias liberales es regla<sup>18</sup>. De esta, manera, este pensador de la Escuela de Frankfurt entendía que el Estado se encontraba en una desarmonía constante, en la que unos segmentos poblacionales -en su caso, los judíos- veían sus derechos limitados desde la propia legalidad y con total normalidad. Por tanto, discute esa idea de la dicotomía de Schmitt entre normalidad y excepción, entendiendo que es en la normalidad donde precisamente se dan los mayores casos de excepción;

---

<sup>17</sup> Pascua, F. (2013) “Sinopsis art. 116”, Letrado de las Cortes Generales, publicado en [www.congreso.es](http://www.congreso.es)

<sup>18</sup> Flores, C. A. (2013) “El Estado de excepción en la época actual”, Apuntes electorales, nº50, pp. 53 y ss.

excepción que diferenciaba de la experiencia nacionalsocialista en la medida que se hallaba reproducida de manera totalmente legitimada por los Estados liberales.

En otras palabras, Benjamin plantea la posibilidad de que realmente el Estado liberal, sea el del siglo XX o el del siglo XXI, esté vulnerando de forma sistemática ciertos derechos para ciertos colectivos. Y, sobre todo, que esa excepción no sea fruto de la ruptura del principio liberal de la soberanía nacional/popular, sino que provenga de ella: exactamente como lo hace el estado de excepción de Schmitt, pero ontológicamente integrado en el ordenamiento jurídico liberal y no funcionando arbitrariamente desde la negación de ese ordenamiento (el no-ordenamiento mencionado anteriormente). En cierto sentido, así como en Schmitt el Estado tenía el derecho y el deber de identificar y perseguir a los enemigos de la nación, en Benjamin el Estado ya lo está haciendo respecto a determinados segmentos de población, pero evitando la declaración del estado de excepción constitucional, con todas sus consecuencias políticas, y normalizándolo a través de su formalización por los debidos cauces legales.

Desde este planteamiento y desde la teoría expuesta hasta ahora se construye esta tesis, que busca identificar si la reforma del CP introducida con la LO 2/2015 supone en realidad un estado de excepción encubierto para con los sujetos sospechosos de terrorismo, con la consecuente inoperancia de los principios y garantías penales aplicables, según las cuáles todo nuestro ordenamiento jurídico se rige.

#### **2.4. Derecho penal del enemigo**

La antesala al análisis de la reforma de 2015 pasa necesariamente por la teoría sobre el Derecho penal del enemigo de GÜNTHER JAKOBS. Este filósofo alemán es considerado el autor del término y por ende de su articulación conceptual. No obstante, y antes de ahondar en

su tesis, no está de más introducir unas breves puntualizaciones. Cabe aclarar que, aunque con otros elementos discursivos, subyace en las obras de otros autores -clásicos- la idea esencial que acuña Jakobs. Curiosamente, estos autores, como Locke o Schmitt, no son citados por el alemán, a pesar de trabajar ambas doctrinas similares.

Las razones de esta omisión pueden justificarse por varios motivos. Entre ellos, y en relación a Locke, se puede dilucidar que el derecho a la resistencia contra aquel poder que use la fuerza de manera ilegítima, reconocido por el autor en su obra *Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil*, no es compartido por Jakobs, quien cree que el derecho no necesita ser legitimado<sup>19</sup> y que, por tanto, no es posible criticar la norma, lo que lleva a la perpetuidad de la misma. En cuanto a Schmitt, a pesar de compartir muchas similitudes -ambos asumen que la decisión sobre quién es o no enemigo la debe tomar el Estado<sup>20</sup>- puede especularse que la posibilidad de evitar críticas sobre referenciar a un autor militante del NSDAP compensó la omisión.

Tras esta breve introducción, es hora de enfrentar la tesis de Jakobs. Un buen punto de partida para ello es el congreso de penalistas alemanes celebrado en Frankfurt en 1985<sup>21</sup>, donde Jakobs era ponente. Fue en dicho congreso donde expuso por primera vez la dicotomía entre el Derecho penal del enemigo y el Derecho penal del ciudadano, mediante la cual se establece una variante del Derecho penal dirigida, como su nombre indica, a aquellos sujetos que se

---

<sup>19</sup> Portilla, G. (2005) "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal" en: Portilla, G. (coord.), "Mutaciones de Leviatán: Legitimación de los nuevos modelos penales", Madrid, Akal, pp.58 y ss

<sup>20</sup> Schmitt, C. (1998) "El concepto de lo político", Madrid, Alianza Editorial, p.56

<sup>21</sup> Jakobs, G. (1985) *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW, Trad. Peñaranda, E. (1997) Madrid, Editorial Civitas. pp. 751 a 785.

constituyen como enemigos. En su opinión, algunas disposiciones del Código Penal alemán que castigan anticipadamente algunos delitos desbordan lo que llama el Derecho penal del ciudadano y "*no se pueden legitimar en un Estado de libertades*"<sup>22</sup>.

El adelantamiento de la punibilidad, esto es, la modificación de la perspectiva de aquello efectivamente producido por la de aquello que se va a producir, inminentemente o no, es uno de los cuatro rasgos que Jakobs identifica como las peculiaridades típicas del Derecho penal del enemigo<sup>23</sup>. Junto a este, apunta el autor que la falta de reducción de la pena en proporción al mencionado adelantamiento, el paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, y la supresión o relajación de las garantías procesales individuales constituyen la esencia que identifica determinado cuerpo de leyes como Derecho penal del enemigo. El autor CANCIO MELIÀ añade otros dos rasgos complementarios; a saber, la no incriminación de hechos propiamente dichos, sino conductas cuya importancia radica en su contenido simbólico, y las irregularidades cometidas por el legislador a causa del uso de conceptos vagos y ambiguos con los que vulneraría el mandato de determinación derivado del principio de legalidad.<sup>24</sup>

Relacionado con esto, es necesario hacer mención a una nueva orientación del Derecho Penal del enemigo, estrechamente conectado a los conceptos que se tratan en esta tesis: el "Derecho Penal simbólico". Se denomina así a aquel Derecho cuyos efectos simbólicos prevalecen sobre los efectos instrumentales, es decir, su finalidad es más bien comunicativa y su objetivo

---

<sup>22</sup> Jakobs, G. "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en: Jakobs, G. (1997) "Estudios de Derecho Penal", Madrid, Civitas, p. 293

<sup>23</sup> Jakobs, G. (1999) "Estudios de Derecho Judicial", nº20, pp. 137 y ss.

<sup>24</sup> Cancio, M. (2002) ""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, p. 21.



es transmitir a la sociedad mensajes o contenidos valorativos sin capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados<sup>25</sup>. El legislador no actúa en aras de la protección de un bien jurídico sino como un tranquilizador de la sociedad; algunos fenómenos, como el terrorismo, desencadenan una situación de pánico e inseguridad entre la población, por lo que, aunque las leyes que se aprueben no tengan contenido preventivo, son un sosiego para la ciudadanía.

Es oportuno hablar aquí de la tesis expuesta por la Dra. LLOBET ANGLÍ en su artículo *¿Terrorismo o terrorismos?: sujetos peligrosos, malvados y enemigos*<sup>26</sup>. En este artículo, propone una diferenciación de funciones en el Derecho penal del enemigo; por una parte, su función original, que casa con la tesis de Jakobs y cuyo cometido es inocular individuos peligrosos, y por otra, la función simbólica, que sirve para calmar cualquier ansiedad que pueda sufrir la sociedad. Esta segunda función -en la que nos centraremos más adelante- es más problemática si cabe que la primera: si el Derecho penal del enemigo en sí se basa en señalar a un sujeto, o un grupo de ellos, como enemigo y excluirlo de la sociedad con todas las consecuencias socio-jurídicas que de ello se derivan, la función simbólica de este Derecho penal hace que se transite muy rápidamente de la pura identificación del enemigo hacia el Derecho penal de autor. En otras palabras, se corre el peligro de que el Estado, recreando -o creando- temores colectivos contra los que una gran masa cohesionada de gente está dispuesta a luchar a cualquier precio, enfoque la regulación terrorista hacia dicha categoría de enemigos, cayendo así en el Derecho penal de autor. Sobre estos tres pilares es sobre los que

---

<sup>25</sup> Díez Ripollés, J.L. (2003), "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en: Arroyo, L.A. (coord.), Adán M. (coord.), Ulfrid N. (coord) "Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt", pp. 147-172

<sup>26</sup> Llobet, M. (2015) "¿Terrorismo o terrorismos?: sujetos peligrosos, malvados y enemigos", Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, n.º. 31, p. 240

la Doctora Llobet ve desarrollarse la legislación antiterrorista: Derecho penal del enemigo, Derecho penal simbólico y Derecho penal de autor.

Respecto al Derecho penal de autor, concepto que no ha aparecido hasta ahora en este estudio, se puede hablar del mismo cuando "*la pena por un delito se vincula a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción*"<sup>27</sup>. Es decir, según esta vertiente determinista del Derecho penal, se imputa a la personalidad del autor un elemento tipificante de la acción jurídicamente censurada.

Es necesario aclarar que Jakobs no desarrolla el concepto de Derecho penal del enemigo necesariamente para criticarlo, sino más bien lo contrario; ofrece el andamio teórico desde el cual ya se está desplegando el ejercicio desproporcionado del poder sancionador. Jakobs está interesado en el *statu quo*, y la descripción de este fenómeno obedece a un análisis descriptivo de los ordenamientos jurídicos de los países occidentales que, según él, castigan subjetivamente la conducta de un individuo peligroso en la etapa previa a la comisión del tipo delictivo, sin esperar a que se produzca la lesión del bien jurídico protegido. En otras palabras, la sanción de los actos preparatorios, considera, es excesiva para el ciudadano que está vinculado al derecho que garantiza la identidad de la sociedad. Este ciudadano no delinque continuamente, pero puede efectivamente cometer delitos. No obstante, estos no están encaminados a acabar con el orden social imperante sino que deben ser tratados como errores subsanables, por lo que se les aplicaría el Derecho penal del ciudadano.

Por ello, las sanciones antes mencionadas deben englobarse en otro tipo de legislación, concretamente, en aquella que tiene por objeto inocuizar a aquellos individuos que, según el

---

<sup>27</sup> Roxin, C. (1999) "Derecho Penal, Parte General", Madrid, Editorial Civitas, Tomo I, p. 176.

Estado, pierden la condición de persona para adquirir la de no-ciudadano, estableciendo como único límite al ejercicio de la fuerza la neutralización del nivel de terror que puedan inspirar estos individuos. Estos sujetos son los que el Estado identifica como enemigos. Con su conducta o pertenencia a determinada organización no inspiran seguridad, y violentan grave y permanentemente el Derecho, ya que persiguen la subversión del sistema establecido. Los subsecuentes enemigos son excluidos del orden jurídico vigente, y consiguientemente son relegados a un estado de naturaleza -entiéndase una suerte de limbo jurídico donde las acciones punitivas del estado no obedecen necesariamente a los principios y garantías del Estado de Derecho-. A partir de ese punto, el Estado dejará de tratarlos como personas, pues de no hacerlo pondría en riesgo el derecho a la seguridad de los *ciudadanos*; en esta decisión que emana del Estado subyace la idea de que los enemigos del mismo han decidido apartarse, con toda seguridad por largo tiempo, del Derecho, ya que no ofrecen la garantía cognitiva mínima<sup>28</sup> para ser considerados personas. El enemigo prototípico al que Jakobs hace referencia en su tesis es el terrorista, al que el autor define como "*quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden*"<sup>29</sup>.

Expuesta la teoría de Jakobs y de los autores que lo preceden, ahora veremos como sus tesis y los conceptos empleados en ella se articulan entorno a la modificación de la ley antiterrorista y sus consecuencias prácticas.

---

<sup>28</sup> Jakobs, G. (2003) "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en: Jakobs, G., Cancio, M., "Derecho Penal del Enemigo", Madrid, Editorial Civitas, p. 47.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 41.

### **3. EL ENEMIGO DEL ESTADO Y EL FENÓMENO TERRORISTA A PARTIR DE LA REFORMA LO 2/2015**

Tras los atentados islamistas producidos en enero de 2015 en Francia, las dos principales fuerzas políticas españolas firmaron el "Acuerdo para afianzar la Unidad en Defensa de las Libertades y en la Lucha contra el Terrorismo". La primera frase del texto despeja cualquier duda: "El terrorismo es el peor enemigo de la democracia y de las libertades". De la mano de este acuerdo se materializó la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal en materia de delitos de terrorismo.

Los más críticos apuntan que esta reforma puede dar pie al mayor retroceso de libertades desde el inicio de la Democracia en nuestro país, pues las medidas introducidas ponen en entredicho, si no es que los contravienen, importantes principios rectores del Derecho Penal. Hasta ahora, la aplicación de estas medidas ha suscitado no poca polémica y las sentencias que incorporan los nuevos artículos han sido en múltiples ocasiones objeto de recursos que apelan a los derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión.

En efecto, estamos asistiendo a la aplicación de legislación antiterrorista a ciudadanos que otrora no podrían haber sido considerados terroristas por la legislación penal. El objetivo de este apartado no es otro que señalar los puntos más importantes de la reforma, identificando sus elementos más conflictivos y realizando un análisis jurídico de los mismos, así como de estos casos jurídicamente conflictivos.

#### **3.1. Puntos clave de la reforma**

El concepto de terrorismo ha experimentado múltiples variaciones a lo largo del tiempo, de manera que nunca ha existido una noción clara e indiscutible de dicho fenómeno. Durante los

últimos años, el término ha sido alterado y transfigurado de tal forma que ha quedado patente el uso indiscriminado que han hecho diferentes operadores políticos, nacionales e internacionales, en aras de preservar, quizás, su cuota de poder o deslegitimar al adversario u opositor.

En el ámbito nacional, la reforma del CP en materia de terrorismo introducida por la LO 2/2015 ha supuesto una modificación sustancial de los artículos 571 a 580, donde además se redefine el delito de terrorismo entendiéndose por tal la comisión de cualquier delito grave: contra la vida o la integridad física o moral, la libertad, la libertad sexual, el patrimonio, el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y el apoderamiento de medios de transporte.

El Código exige igualmente un requisito finalístico que debe enmarcarse en: subvertir el orden constitucional o el de las instituciones políticas, el de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a no hacerlo; alterar gravemente la paz pública; desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; finalmente, provocar un estado de terror en la población.

Asimismo, la reforma también recoge los delitos de intrusismo informático y daños informáticos, cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades anteriores, como delitos de terrorismo.

La pena que corresponde a estos delitos de terrorismo, definidos anteriormente, se establece partiendo de que, si se causa la muerte de una persona, se aplicará la pena de prisión por el

tiempo máximo previsto en el CP. Esta remisión hace que sea posible, en estos casos, la imposición de la prisión permanente revisable aunque no se aluda a ella expresamente.

### **3.2. Ampliación del tipo penal**

Como se ha mencionado anteriormente, la configuración del delito de terrorismo ha evolucionado a lo largo de los años, de manera que el resultado es un concepto amplísimo, lo que merece necesariamente la atención del legislador y de sus críticos. Hay que tener presente que al establecer los tipos delictivos se están delimitando espacios de represión, por lo que se deben emplear fórmulas precisas y demostrables en la realidad<sup>30</sup>. De lo contrario, el uso de términos vagos y valorativos, hace depender la constatación de si se ha realizado o no la conducta de los prejuicios ideológicos de quien aplique la ley en cada caso, sean fiscales o jueces. Además, si la finalidad es erradicar o reducir un determinado comportamiento, se debe lograr -en la medida de lo posible- fuera del campo penal, o al menos no hacer de este campo el instrumento principal, como determina el principio de última ratio del que hablaremos más adelante.

Partimos de la base que no existe una regulación internacional homogénea respecto a los delitos de terrorismo, pero sí existe la obligación de los Estados de incorporar a sus ordenamientos internos los mandatos de organizaciones supranacionales que legislan a este respecto -como sucede en España con la UE o la ONU-. A propósito de esto último, se puede añadir la falta de consenso internacional a la hora de definir el fenómeno del terrorismo como un factor más que fomenta la falta de precisión al establecer los supuestos de hecho, lo que

---

<sup>30</sup> Varela, X., Ramírez Ortiz, J.L., "Pensamos como ellos", Fundación de los Comunes, <https://www.diagonalperiodico.net/blogs/fundaciondeloscomunes/pensamos-como-ellos.html>

convierte las legislaciones terroristas en caldo de cultivo para la configuración de un derecho excepcional que tiende a cercenar los derechos fundamentales<sup>31</sup>. Para hablar de la reforma de 2015 es necesario pues, remontarse a la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014 que pone de manifiesto la preocupación de la comunidad internacional por el creciente fenómeno terrorista de corte yihadista. Como se expresa en la exposición de motivos de la LO 2/2015, el objetivo de la resolución no es otro que reforzar la lucha contra el terrorismo y prevenir la radicalización que conduce al mismo. España, como Estado -moderno- y garante de la seguridad, modificó el CP para cumplir con el mandato internacional.

No obstante, cabe decir que el legislador, al introducir la reforma, no solo ha rebasado cualquier indicación procedente de la UE o las Naciones Unidas en relación a legislación antiterrorista, sino que se ha adelantado a algunas de ellas, de manera que esta reforma acaba configurándose como un modelo represivo de cuestionable constitucionalidad. A este respecto, opinaba GARCÍA RIVAS que esto pone en peligro la disidencia política pacífica, *"para cuya penalización basta con actuar de manera que pueda alterarse la paz pública, siempre que el delito sea grave, gravedad que depende de una consideración político-criminal de los delitos contra el orden público carente de virtualidad democrática"*<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> García Rivas, N. (2016) "Legislación española y delito de terrorismo", en: Portillas, G. (dir.) y Pérez Cepeda, A. I. (dir.), "Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal", Salamanca, Ratio Legis, 2016, p. 100.

<sup>32</sup> García Rivas, N., (2016) "Legislación española y delito de terrorismo", en Portilla, G. (dir.) y Pérez, A.I. (dir.), "Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal", Salamanca, Ratio Legis, p. 100 y 101.

### **3.3. El paradigma de la reforma LO 2/2015: el artículo 578**

Este apartado se centrará en el análisis del art. 578 CP, referente al enaltecimiento del terrorismo o humillación de las víctimas de delitos terroristas. La elección del mismo es debida a la polémica que ha levantado y a las aplicaciones que se han hecho hasta ahora, aplicaciones que veremos más adelante plasmadas en diferentes sentencias no menos controvertidas. Esta disposición establece el siguiente tipo delictivo: "*El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares*". La pena que se le aplica varía desde uno hasta tres años de prisión -la reforma ha aumentado en un año la pena máxima- y una multa de doce a dieciocho meses -esta sanción es introducida directamente por la LO 2/2015-. Además, la modificación añade que se aplicará la pena en su mitad superior si el delito se comete "*mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información*". Por último, la aplicación en su mitad superior, e incluso su elevación hasta la superior en grado, también puede venir provocada por la alteración grave de la paz pública o la creación de un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella.

Empecemos por el concepto de enaltecimiento, cuya definición no ha reunido el consenso de la doctrina, sobretodo en su diferenciación del delito de apología recogido en el art. 18 CP - que no fue objeto de reforma en el año 2015-. Una reforma previa a la que introdujo la LO 2/2015 se produjo en el año 2000, y mediante esta se incorporó el delito de enaltecimiento, que amplía el tipo penal recogido en el delito de apología. Esta queda definida por el Código como la "*exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión,*



*de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito".* Si la apología condenaba la provocación directa a la comisión de un delito, el enaltecimiento lo supera abarcando también la provocación indirecta.

Queda patente que el art. 578 CP estrecha el cerco entorno al derecho fundamental de la libertad de expresión. Esta reducción de la libertad de expresión para con los sujetos que cumplen el tipo penal puede ser entendida, a la luz de la teoría del derecho penal del enemigo, como un adelantamiento de las barreras punitivas, que como ya hemos mencionado es uno de los elementos claves de la señalada teoría. Además, en cuanto a Schmitt y el propio Jakobs, es claro que en el art. 578 CP el Estado está, a través de su legislación penal, identificando sujetos enemigos del Estado; estos enemigos ya no sólo son perseguidos por atentar contra bienes jurídicos -como la vida- sino que el Estado además adelanta las barreras punitivas y amplía el número de "enemigos", en una peligrosa maniobra de ampliación del círculo de sujetos que pueden caer dentro del tipo penal y a partir del nada saludable criterio de la opinión política. Es claro, por tanto, como el adelantamiento de la punibilidad por parte de la legislación estatal está cargando contra la libertad fundamental a la libre expresión y opinión, y cómo este adelantamiento se produce únicamente sobre los sujetos que tienen determinadas líneas ideológicas y que ni siquiera tienen porqué vulnerar el bien jurídico protegido que en teoría protege la Ley antiterrorista.

Finalmente, el hecho de que sea a través de la legislación ordinaria del ordenamiento jurídico vigente -a pesar de que sea legislado por Ley Orgánica- y no a través de un estado de excepción o similar, la supuesta vulneración de derechos por el art. 578 CP podría formar

parte de la concepción benjaminiana del derecho de excepción como regla en las democracias modernas. En efecto, no se está vulnerando un derecho constitucional en base a unos procedimientos excepcionales que habilitan para ello, sino a través de la cotidianeidad de los mecanismos ordinarios del ordenamiento jurídico.

Tampoco se nos puede olvidar que el peso material que las "víctimas del terrorismo" tienen en la cultura política de la España democrática: el hecho de que la supuesta vulneración de la libertad de expresión por este tipo penal se haga en base a la protección de estos sujetos políticos muy bien definidos hace que la reforma penal LO 2/2015 se pueda englobar dentro de lo que la doctora Llobet señaló como "cepa derivada" de la teoría de Jakobs: el Derecho penal simbólico. Así, una legislación de este carácter y recogiendo la interpretación anteriormente expuesta, no cabe duda que la legislación antiterrorista tiene como cometido principal (cepa originaria) inocular al terrorista. No obstante, subyace una segunda función; con el recrudescimiento de penas, la contundencia y la dureza legislativa se manda un mensaje tranquilizador a la población para que la ciudadanía perciba que la maquinaria del Estado se ha activado ante la amenaza.

Así, queda claro que el artículo cumple perfectamente con los rasgos característicos para ser considerado Derecho penal del enemigo según Jakobs -además de cumplir los añadidos por Cancio Melià-:

- Se adelanta la punibilidad de manera que el tipo penal no castiga conductas relacionadas con la potencial comisión de un delito futuro, por lo que, además, entra en colisión con el derecho a la libertad de expresión

- Este adelantamiento de la punibilidad no va ligado a una reducción de la pena sino que, al contrario, la sanción relativa a la privación de libertad aumenta y se introduce una nueva sanción de multa
- Se relajan las garantías procesales individuales
- No se incriminan hechos propiamente dichos, sino conductas cuya importancia radica en su contenido simbólico
- Como queda patente no solo en este artículo sino también en el resto de los artículos modificados, el uso de términos laxos y ambiguos para que puedan incluirse en ellos un número cada vez mayor de conductas, causando por ello una gran inseguridad jurídica; así, el límite entre la libertad de expresión y el enaltecimiento o la humillación a las víctimas es incierto y queda muy difuso

Algunos sectores de la Academia no dudan en pedir la supresión de dicho artículo. Esta demanda de supresión<sup>33</sup> se basa en tres aspectos claves de la reforma: primero, porque como ya ha quedado demostrado supone una vulneración de la libertad de expresión, derecho recogido en nuestro texto constitucional en su art. 20. Segundo, porque la nueva redacción del art. 578 CP no cumpliría con los requisitos mínimos de gravedad o a amenaza en relación con un bien jurídico, es decir, las acciones recogidas en el tipo penal no llegan al umbral que la doctrina y la jurisprudencia consideran punibles. Por último, la realidad de la puesta en práctica del art. 578 CP revela que se estaría usando para criminalizar determinadas organizaciones disidentes del sistema socioeconómico actual, y por ello consideradas primero

---

<sup>33</sup> Mira, J., (2016) "Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo", en: Portilla, G. (dir.) y Pérez Cepeda, A. I. (dir.), "Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal", Salamanca, Ratio Legis, pp. 104 y 105.

radicales y luego perseguibles por parte del Legislador. Se castiga, por tanto, la disidencia política públicamente manifestada<sup>34</sup>.

### **3.4. Comentario al caso de César Strawberry**

En este apartado vamos a analizar el caso de César Augusto Montaña Lehman -más conocido como “César Strawberry”-, lo que nos permitirá ver las implicaciones prácticas de lo que se ha venido exponiendo en los epígrafes anteriores. César Strawberry, integrante del grupo musical antisistema Def Con Dos, fue detenido el 19 de mayo de 2015 en el marco de la "Operación Araña III", y a continuación acusado y procesado por un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas -recogido en el art. 578 CP- en las redes sociales. En junio de 2016 se celebraba el juicio oral en la A.N. Como en multitud de casos en los que el acusado es juzgado por terrorismo, la defensa planteó una cuestión previa alegando la falta de competencia del tribunal, por no considerar que se tratara de un delito de terrorismo. Dicha cuestión se desestimó puesto que el Tribunal dictaminó que al estar el art. 578 incluido en la sección de terrorismo del CP, debe tratarse como tal, aunque el tipo no se corresponda con un delito de terrorismo en un sentido material.

El Ministerio Fiscal pedía para el acusado 1 año y 8 meses de prisión, 3 años y 6 meses de libertad vigilada y 16 años de inhabilitación absoluta. El Tribunal analizó los mensajes que el cantante había publicado en la red social Twitter entre noviembre de 2013 y enero de 2014, donde -irónicamente- hipotetizaba sobre el regreso del grupo terrorista GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre) y de la banda ETA, que había dejado las armas cuatro años atrás. Los tweets rezaban lo siguiente: "*El fascismo sin complejos de Esperanza Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO*", "*A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora*",

---

<sup>34</sup> Llobet, M. (2010) "Derecho penal del terrorismo", Barcelona, Tirant lo Blanch, pp. 442 y ss.

*"Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina", "Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado", "Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco", "Ya casi es el cumpleaños del Rey ¡Qué emoción! (le voy a regalar) un roscón-bomba".*

Tras concluir un análisis individualizado de cada mensaje, la SAN fue absolutoria<sup>35</sup>. El Tribunal concluyó que el autor de los tweets lanzaba una crítica irónica de la realidad social - tal y como suele hacer también con sus letras- a la vez que expresaba su condena hacia los extremos políticos. Tampoco consideró que justificase ningún secuestro llevado a cabo por la banda terrorista ETA ni elogiara a la misma, sino que hizo uso de un humor negro que no revestía carácter vejatorio alguno hacía las víctimas, por lo que no cumplía con el tipo delictivo recogido en el art. 578 CP. Por último, la A.N no ve que el cantante hiciera ningún llamamiento claro a la violencia con sus tweets ni que su contenido fuera enaltecedor de actos terroristas acontecidos en el pasado, así como tampoco transmitían un mensaje ofensivo o humillante para las víctimas. Por lo que respecta al Rey, la A.N no creyó oportuno considerar que un roscón bomba hiciera referencia a otra cosa que no fuera una comparación humorística (FJ. 3º, SAN 20/2016). El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación contra la SAN al amparo del art. 849 de la LECrim por inaplicación indebida del art. 578 CP, por lo que el caso pasó a manos de la Sala Penal del TS.

Si la SAN había esgrimido como argumento exoneratorio la carencia probatoria acerca de la intención de Strawberry, la Sala del TS diferencia entre dolo y elemento subjetivo<sup>36</sup>,

---

<sup>35</sup> SAN 20/2016, de 18 de julio.

<sup>36</sup> STS 4/2017, de 18 de enero.

exponiendo que el art. 578 CP solo exige el primero, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. Por esta razón, la Sala entiende que no es necesaria la prueba de aquello que no exige el tipo subjetivo y, por esta razón, Strawberry tenía plena conciencia y voluntad de que estaba difundiendo un mensaje que *"contenía una evocación nostálgica de las acciones violentas de la banda ETA"* (F.J. 3, STS 4/2017), por lo que cumpliría el tipo penal exigido en el art. 578 CP. En esta sentencia, citaba la Sala una STS anterior (623/2016 de 13 de julio) en la que expresaba un límite a la libertad de expresión; *"la libertad ideológica o de expresión no pueden ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación"*. Esta parece ser una de las paredes que determinan el perímetro del "alcance de lo intolerable" (FJ. 2), por lo que, según la Sala, el caso se puede entrar a valorar desde el prisma del Derecho penal. La defensa del cantante, que alegó el carácter crítico y ácido, a la vez que metafórico de sus manifestaciones artísticas, no hizo cambiar de parecer a la Sala. El Tribunal citó diversas sentencias del Tribunal Constitucional -como la STC 235/2007 de 7 de noviembre- para recalcar que aquello que se está juzgando es un discurso de odio y justifica acciones terroristas, por lo que no está amparado por la libertad de expresión (FJ 5). La STS fue condenatoria y se impuso al cantante la pena de 1 año de prisión y 6 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.

Por una parte y a nivel jurídico, me parece desacertada la sentencia del TS y no puedo más que expresar mi discrepancia con la misma. En primer lugar, la interpretación extensiva que se hace del art. 578 CP dificulta sobremanera la aplicación de la ley de manera imparcial. Al contrario, se debería hacer una lectura restrictiva de este artículo, puesto que entra en gran colisión con el derecho a la libertad de expresión y es difícilmente justificable en un Estado de Derecho. Por eso, el elemento subjetivo en el delito de enaltecimiento o humillación a las

víctimas debería ser contemplado con sumo rigor ya que alude a la exteriorización de una idea; se está vertiendo un contenido, y si este va a ser juzgado, es esencial que se tenga en cuenta la intención con la que se comunicó para contextualizar al máximo el mensaje - desentrañando su sentido y dirección-, y dar cabida al derecho a la crítica. Esto último ha sido defendido en múltiples STS, como por ejemplo la STS 752/2012, en la que el Tribunal admitía las diversas interpretaciones del lenguaje y exigía determinar con claridad con qué intención se utilizan las expresiones en cada concreta ocasión.

Por otra parte, no quiero dejar de hacer una defensa acérrima del derecho a la libertad de expresión y opinión. Como he mencionado antes, este debe dar cabida a la libertad ideológica y por tanto al derecho a crítica. Este último representa la faceta más problemática del derecho fundamental puesto que en su seno se pueden reproducir opiniones no siempre inofensivas, neutrales o despolitizadas, sino que puede y debe albergar las opiniones que cuestionen el sistema y el Estado<sup>37</sup>. Como expuso el TC en su STC 42/2014 (FJ. 4), *"en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de 'democracia militante', esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución"*.

### **3.5. El estado de excepción como regla: la discrecionalidad y la lucha antiterrorista**

En base a lo expuesto anteriormente, nos encontramos a todas luces ante un caso de aumento de la discrecionalidad por parte de la legislación penal y respecto a los jueces encargados de juzgar esos delitos específicos, principalmente la A.N. Es innegable que la discrecionalidad judicial es un elemento que, si bien no se considera negativo automáticamente en la actual dogmática, si está en constante tensión con el principio que la doctrina ha venido defendiendo

---

<sup>37</sup> STC 235/2007 y STEDH de 24 de febrero de 1997.

a capa y espada desde el primer liberalismo la restrictividad en la aplicación de la legislación penal. Es un principio que consagra, de una manera u otra, la mayoría de democracias occidentales, y que en sí se incorpora como parte de los principios básicos de la legislación penal en España y en la UE.

En España, en concreto, ha sido la jurisprudencia del TS y del TC la que ha fijado el principio de ultima ratio (e.g. STS 434/2014). El principio no es enlistado ni en el texto constitucional ni en el Código Penal en sí. Por otra parte, en la UE se ha trabajado a nivel académico<sup>38</sup> así como práctico: en 2011 se publicó el “*Manifesto on European Criminal Policy*” por parte de la “*European Criminal Policy Initiative*”, llevada a cabo por el *European Law Institute*, organización encargada de realizar recomendaciones en materia legal para mejorar las instituciones europeas. En este manifiesto<sup>39</sup>, que se ha utilizado entre otras en comunicaciones oficiales de la Comisión Europea, se menciona el principio de ultima ratio como uno de los aspectos que ha de guiar la legislación y la aplicación de la misma en los estados miembros. En definitiva, estamos ante un principio que los estados europeos y en general Occidente considera como piedra de toque desde la que construir la legislación penal, incluida la antiterrorista.

Por eso, precisamente, la discrecionalidad judicial en una materia tan sensible como es el terrorismo es una dinámica que no cuadra con las disposiciones teóricas desde las que tanto España como la UE dicen legislar. En relación con la UE, pese a que España sea miembro integrante de pleno Derecho, hay que recordar que ésta debe respetar la soberanía de las instituciones españolas, pese a los intentos de armonización que está llevando a cabo en

---

<sup>38</sup> Sakari, M. (2013) “Ultima Ratio in European Criminal Law”, Oñati Socio-Legal Series, vol. 3 nº1, pp. 46 y ss.

<sup>39</sup> Publicado en: <http://www.crimpol.eu/>



Derecho penal. Por lo tanto, una cierta divergencia entre el enfoque supranacional europeo y la legislación de un Estado miembro puede ser hasta cierto punto entendible. Como ya se ha visto anteriormente, Europa y el TEDH corrigen tendencias vulneradoras de Derechos Humanos realizadas por los Estados miembros, pero más allá de eso su capacidad de imponer legislación -y más en materia penal- es limitada. Lo flagrante del caso, pues, es como estamos asistiendo a la aplicación de un Derecho penal del enemigo en suelo nacional, cuando este Derecho saca a la última ratio de la ecuación: la identificación política de los enemigos de la sociedad por parte del Estado, y la utilización del Derecho penal para su persecución y castigo, es la antítesis de la última ratio, en tanto en cuanto el Estado pasa de ser mero regulador de la vida de los individuos a ser actor político. Un actor político, además, con una meta clara: la destrucción de los supuestos enemigos de la sociedad.

Sin embargo, al fin y al cabo el Estado está luchando, como decía la primera línea del "Acuerdo para afianzar la Unidad en Defensa de las Libertades y en la Lucha contra el Terrorismo", contra el peor enemigo de la democracia y las libertades. Esta calificación del terrorismo no va a ser discutida, puesto que es un alegato de carácter político que no tiene cabida en este estudio jurídico. Sin embargo, más allá del contenido es importante centrarnos en la finalidad de tal afirmación. Entender el terrorismo, en este caso islámico, como el mayor enemigo de la democracia y por tanto del país, cumple una función justificatoria -si esa es la intención del poder político- respecto a posibles medidas que puedan ser tomadas a posteriori. Al respecto, Albin Eser expresó en una ponencia celebrada en Berlín en 1999, a la que también acudió Jakobs: *“Esta ‘frialdad’ que se traduce de la concepción (del delito) reducida a la lesión normativa asusta aún más, cuando se contrapone el frente construido por Jakobs entre un ‘Derecho penal del ciudadano’ respetuoso con el Estado de Derecho y un ‘Derecho penal del enemigo’ emanado del poder estatal. Enemigos como ‘no personas’, es una*

*consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de Derecho, cualesquiera que sean los criterios que se utilicen para determinar quien es ‘ciudadano’ y quien ‘enemigo’. ¿Quién puede decir realmente quien es el buen ciudadano o el mayor enemigo? ¿El que por razones políticas y creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado y contra la libertad del otro, el que socava la base económica del Estado aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos, cometer delito fiscal o un fraude de subvenciones? Una cosa es proponer sistemas jurídicos, por muy coherentes que puedan ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se pueden derivar y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica”.*

Eser advertía del peligro que supone no solo marcar a un determinado grupo como enemigo, sino reservar para estos las zonas grises del ordenamiento, aquéllas en las que el respeto a los derechos fundamentales es cuestionable. Elegir o fomentar esa legislación que restringe libertades en aras de preservar la seguridad, y a su vez aumentar las facetas en las que se incorpora el Derecho Penal, es elegir o fomentar una deriva autoritaria que se aleja del paradigma del Estado de Derecho liberal.

Entramos pues en el terreno del Derecho de excepción descrito en los primeros epígrafes de este estudio, si asumimos la concepción teórica de Walter Benjamin ya descrita, o en el Derecho Penal del enemigo de Günther Jakobs, también descrito. Esta es la cuestión con la que se cierra toda esta segunda parte: los tipos penales creados a partir de la reforma de 2015 suponen una laxitud en la definición del enemigo “terrorista”, aumentando la discrecionalidad por parte de los jueces, y a su vez aumentando las penas, lo que nos lleva a considerar definitivamente a los enemigos penales como no-ciudadanos. El movimiento, por lo tanto, es doble. Por una parte más sujetos entran en el tipo penal del terrorismo a partir de una

determinada interpretación de los tipos penales por parte de los jueces y tribunales, y por otra las condenas una vez identificado al sujeto que comete la acción del tipo son más altas que nunca en democracia. Todo ello, como se ha ido comentando a lo largo del apartado, en detrimento del principio de última ratio. Es pertinente decir que este principio ha asistido como invitado de piedra a la reforma penal de 2015, así como a sus aplicaciones.

Fruto de esto, la LO 2/2015 supone la consagración de una aplicación jurídico-política de la ley penal dirigida a perseguir a los enemigos del orden, del sistema, sean cuales sean sus acciones. Por muy nimias que sean, el amplio tipo penal creado por el legislador permite castigar todas las ofensas que cumplan unos requisitos más subjetivos y abiertos a interpretación que objetivos -Derecho penal del enemigo-. Los enemigos en sí cumplen una patronímica que no tiene porqué coincidir con la actividad terrorista del momento, esto es, el terrorismo islámico: por contra, la LO/2015 se está aplicando a conocidos y no tan conocidos sujetos de izquierdas que, en uso de su libertad de expresión, se muestran contrarios al sistema -Derecho penal de autor- por lo que subyace un reproche moral hacia la opinión no alineada con el discurso oficial, absolutamente polarizado entre "buenos" y "malos".

Por último, todo ello se acompaña de unas medidas dirigidas a contentar la sociedad y a demostrar que al poder político realmente le preocupan los enemigos con la etiqueta de "terrorista"; las altas penas, la mediatización de los juicios y la rotundidad de ciertos discursos políticos constituyen la tercera pata de este Derecho de excepción hecho regla, en la medida en que se crea *ex profeso* para determinados sujetos y, a la vista de gran parte de la Academia, vulnerando Derechos Humanos por el camino -Derecho penal simbólico-. En conclusión: el esquema de Derecho penal del enemigo en España goza de buena salud, y parece que será así durante mucho tiempo.

#### **4. CONCLUSIONES**

1ª. El Acuerdo antiterrorista cumple los requisitos del derecho penal del enemigo de Jakobs respecto al grupo poblacional "terrorista", pero no solo respecto a estos. El error práctico en la mecánica lógica del planteamiento de Jakobs es la falta de control en la identificación de los grupos poblacionales a considerar como enemigos por parte del soberano por delegación, esto es, los poderes del Estado moderno.

2ª. Los intereses de las opciones políticas dominantes a cargo del aparato estatal hacen que se identifique como enemigos a aquellos sujetos que se encuentran en la zona gris o incluso fuera de la concepción teórica de enemigo, esto es, un sujeto que representa un riesgo para la sociedad. Este choque entre poder y sociedad se fundamenta en que la sociedad está basada, entre otros, en el derecho a la libertad de expresión y de opinión, que permite a los ciudadanos disentir de la orientación política del gobierno del momento y que no por ello constituyen el enemigo de la sociedad entera. En conclusión, en la práctica, en aras de la seguridad nacional como derecho de los ciudadanos, el derecho penal del enemigo puede aplicarse y es aplicable contra sujetos que no suponen un peligro para la sociedad sino para el poder.

3ª. Desde la óptica planteada en este estudio, vemos que el miedo a que se produzcan determinados delitos -instigado prácticamente siempre por los medios de comunicación y el poder-, en la medida en que estos son potenciales daños sociales, se convierte en objeto de tutela del derecho penal simbólico. En mi opinión esto es especialmente peligroso, puesto que el miedo que pueda sentir la sociedad no es un factor racional que merezca protección penal - más si es potenciado por el mismo Estado-, y en ningún caso es legítimo el endurecimiento de la legislación para acallar la ansiedad social a la vez que, por el camino, se señala y se actúa contra los objetivos reales -los enemigos- de esa legislación.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, G. (2005) “Estado de excepción. Homo Sacer I y II”, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora.
- Arroyo, L.A., Adán M., Ulfrid N. (2003) "Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt", Albacete, Universidad de Castilla la Mancha.
- Beccaria, C. (2015) “De los delitos y las penas”, Universidad Carlos III de Madrid.
- Cancio, M. (2002) ""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.
- Carnevali, R. (2008) “Derecho Penal como ratio. Hacia una política criminal racional”, Revista Ius et Praxis, año 14, nº 1.
- Flores, C. A. (2013) “El Estado de excepción en la época actual”, Apuntes electorales, nº50.
- Hernando Nieto, E. (2000) “Entre la Excepción y la Regla: El Decisionismo Jurídico frente a la Escuela de Frankfurt”, Themis, nº 40.
- Hobbes, T. (1651) “Leviatán”, Madrid, Editora Nacional.
- Jakobs, G., Cancio, M. (2003), "Derecho Penal del Enemigo", Madrid, Editorial Civitas.
- Jakobs, G. (1999) "Estudios de Derecho Judicial", nº20.
- Jakobs, G. (1997) "Estudios de Derecho Penal", Madrid, Editorial Civitas.
- Jakobs, G. (1985) *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW, Trad. Peñaranda, E. (1997) Madrid, Editorial Civitas.
- Llobet, M. (2010) "Derecho penal del terrorismo", Barcelona, Tirant lo Blanch.
- Llobet, M. (2015) "¿Terrorismo o terrorismos?: sujetos peligrosos, malvados y enemigos", Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, nº. 31.

- Locke, J. (1689) “Segundo Tratado del Gobierno Civil”, Madrid, Alianza Editorial.
- Manifiesto on European Criminal Policy, publicado en: <http://www.crimpol.eu/>.
- Marcos, D. (2004) “Acerca de los conceptos de política y soberanía en Carl Schmitt y Thomas Hobbes”, Foro Interno, nº 4.
- Noretto, L. (2014) “Lecturas de Carl Schmitt. Forma y contenido de la teología política”, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Gino Germani.
- Pascua, F. (2013) “Sinopsis art. 116”, Letrado de las Cortes Generales, [www.congreso.es](http://www.congreso.es).
- Portilla, G. y Pérez, A.I., "Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal", Salamanca, Ratio Legis.
- Ramos, I. (2014) “La individualización judicial de la pena en la primera codificación francesa y española”, Madrid, AHDE.
- Roxin, C. (1999) “Derecho Penal, Parte General”, Madrid, Editorial Civitas.
- Samir, F. (2006) “Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt”, Argumentos, vol. 19, nº 52.
- Sakari, M. (2013) “Ultima Ratio in European Criminal Law”, Oñati Socio-Legal Series, vol. 3, nº1.
- SAN 20/2016, de 18 de julio.
- Schmitt, C. (1998) "El concepto de lo político", Madrid, Alianza Editorial.
- STS 31/2017, de 18 de enero.
- Varela, X., Ramírez Ortiz, J.L., "Pensamos como ellos", Fundación de los Comunes, publicado en: <https://www.diagonalperiodico.net/blogs/fundaciondeloscomunes/pensamos-como-ellos.html>.
- Villar, L. (2007) “Estado de derecho y Estado social de derecho”, Revista Derecho del Estado, n.º 20.