

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 71/1 enero-junio 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7112023>

ESTUDIOS

EL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA, ART. 575.2 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. UN ANÁLISIS EN CLAVE DE IMPUTACIÓN

*The Crime of Terrorist Self-Training, Art. 575.2 of the
Spanish Penal Code. An Analysis in the Key of Imputation*

Roberto Cruz-Palmera

Profesor Ayudante Doctor de Área Derecho Penal.
Universidad de Valladolid

<https://doi.org/10.18543/ed.2803>

Recibido: 25.04.2023

Aceptado: 13.06.2023

Publicado en línea: junio 2023

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 71/1, enero-junio 2023
<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

EL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA, ART. 575.2 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. UN ANÁLISIS EN CLAVE DE IMPUTACIÓN

*The Crime of Terrorist Self-Training, Art. 575.2 of the
Spanish Penal Code. An Analysis in the Key of Imputation*

Roberto Cruz-Palmera

Profesor Ayudante Doctor de Área Derecho Penal.
Universidad de Valladolid

<https://doi.org/10.18543/ed.2803>

Recibido: 25.04.2023

Aceptado: 13.06.2023

Publicado en línea: junio 2023

Resumen

El artículo aborda una revisión del precepto contenido en el art. 575.2 del código penal español; se observa la disconformidad con los principios básicos del Derecho Penal y se exponen argumentos sobre la necesidad de una lectura que se ajuste con los principios limitadores del poder punitivo del Estado. Seguidamente, se presenta una propuesta de interpretación restrictiva para el delito de autoadoctrinamiento terrorista y, finalmente, se exponen las conclusiones.

Palabras clave

Autocapacitación; figuras de anticipación; lectura restrictiva; fenómeno terrorista.

Abstract

These pages contain a review of the crime of passive indoctrination for terrorist purposes; the non-conformity with the basic principles of Criminal Law is analyzed and arguments are put forward on the need for a restrictive reading of the norm. It discusses the instruments of anticipation of criminal protection used in abnormal

cases. For this purpose, we use the crime of terrorist self-enabling as a study model. After this argumentative exercise, the interpretation proposal for our study model is presented. Finally, some conclusions are presented.

Keywords

Anticipatory figures; restrictive Reading; self-training; terrorist phenomenon.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INCOMPATIBILIDAD CON LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO. III. ANÁLISIS EN CLAVE DE IMPUTACIÓN. 1. Criterios para determinar el riesgo típico relevante. 1.1. Inserción estructural. 1.2. Funcionalidad por reconfiguración. IV. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN. 1. Sobre las ventajas y utilidad de los criterios. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El delito de autocapacitación con fines terroristas es una de las normas penales más controvertidas en la legislación española¹; son varios los motivos que sustenta esta afirmación, entre otros, la confusa redacción del legislador a la hora de castigar conductas estrictamente preparatorias². Casi nadie negaría

¹ El precepto contenido en el art. 575 del código penal reza como sigue: «1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones. 2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior. Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español. Asimismo, se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines».

² Sobre ello, Mariona LLOBET ANGLÍ, «Delitos contra el orden público», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, dir. por Jesús Silva Sánchez y coord. Por Ramón Ragués i Vallès (Barcelona: Atelier, 2021), 462-463: «La LO 2/2015 introdujo una de las figuras que avanza en mayor medida las barreras de punición en el Código Penal. A saber, el art. 575 CP tipifica las conductas relacionadas con el entrenamiento y el adoctrinamiento de futuros terroristas y prevé penas de prisión de dos a cinco años. Por un lado, castiga a todo aquel que reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate con la finalidad de capacitarse para cometer algún delito de terrorismo. Incluso, se sanciona a quien se traslade o establezca en un territorio extranjero con ese fin. Además, por el otro lado, también pune a quien lleve a cabo por sí mismo cualquiera de dichas actividades

que existe un elevado número de contradicciones entre dicha norma con los principios básicos del Derecho Penal, también su incompatibilidad con algunas garantías procesales, especialmente con la garantía de la inocencia³. No obstante, pese a los problemas del precepto contenido en el art. 575.2 del código penal, no se aprecia en la doctrina una propuesta de interpretación restrictiva, esto es, una fórmula que conduzca a una lectura sopesada y prudente del precepto que logre ajustarse con los principios básicos del Derecho Penal. En ese orden marcado se emplaza esta contribución: en ofrecer una solución interpretativa para el delito de autocapacitación con fines terroristas; dicho de otro modo, en brindar pautas concretas al intérprete a la hora de aplicar el precepto. No se trata de una posición aislada del contenido de la norma, es decir, de pretender una interpretación *de lege ferenda*; tampoco una propuesta alejada de las teorías que rigen actualmente el sistema Penal. Como se mostrará, la tesis que aquí se defiende intenta ser respetuosa con los principios básicos del Derecho penal, así como de la garantía procesal de la inocencia; del mismo modo, se presenta una solución aplicable a la normativa vigente, *de lex lata*. Así las cosas, se mencionará la tipología de delitos en la que se enmarca el delito objeto de revisión⁴ *seguidamente*, se argumentará la contradicción

(figuras que se han denominado autoentrenamiento y autoadoctrinamiento), en concreto: a quien “acceda de manera habitual a uno o a varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet”» (negritas en original).

³ Sobre la presunción de inocencia, en el marco del subprincipio de sometimiento al proceso penal, SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios* (Madrid: Marcial Pons, 2012) 187-188.

⁴ Como se sabe, son varias las formas de *clasificar* los tipos penales. Casi todos los manuales –o tratados de Derecho Penal–, exponen criterios que permiten agrupar los comportamientos delictivos al tenor de la estructura de la norma. Por ejemplo: delito de omisión, delito de comisión, delito de resultado, delito de mera actividad, delito de lesión, delito de peligro, delito de estado, delito permanente, delito común, delito especial, delito de propia mano... Del mismo modo, casi nadie negaría que un delito puede ubicarse en dos o más categorías; por ejemplo: delito de mera actividad y delito especial (cohecho, art. 419), delito de lesión y delito común (homicidio, art. 138), delito de posesión y delito de preparación (autoadoctrinamiento con fines terroristas, art. 575.2). En efecto, en atención a la estructura del tipo podemos encontrar entre otros, lo siguientes aspectos: la subsistencia de la infracción en el tiempo, el modelo de actuación del sujeto o carácter de la conducta, la modalidad de la acción descrita en el verbo, la necesaria materialización de la conducta típica por parte de uno o de varios sujetos, la obligatoria presencia de determinados sujetos en la ejecución de la conducta, la particular condición del sujeto para ostentar el título de autor, la exigencia del empleo de medios determinados, el número de conductas comprendidas en el tipo; etc. No obstante, más allá de estos aspectos, entiendo que la importancia de comprender las *clasificaciones* es la de permitirnos identificar los diferentes problemas de la norma en cuestión. Para nuestro modelo de revisión –el delito de autoadoctrinamiento con fines terroristas–, en el marco de la clasificación del tipo, importa resaltar tanto el contenido como la técnica legislativa, ya que el legislador valora

del precepto con los principios limitadores del poder punitivo del Estado. Posteriormente, se mostrará la propuesta de interpretación para el delito de auto-capacitación con fines terroristas. Y, por último, las conclusiones.

II. LA INCOMPATIBILIDAD CON LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

En esta sección se expondrá, brevemente, la incompatibilidad del delito de autoadoctrinamiento con los principios limitadores del poder punitivo del Estado⁵. La finalidad de este ejercicio es justificar la necesidad de una propuesta interpretativa para la norma objeto de examen.

El Derecho penal puede entenderse como un instrumento de control social⁶. En ese sentido, la Política criminal debe ocuparse de estudiar los medios eficaces para luchar contra el delito. Desde esa perspectiva, el legislador

de manera negativa dos conductas –desvalor de acción–, con independencia del resultado que se produzca en un momento *ex post*. Así pues, el delito de autoadoctrinamiento con fines terroristas, art. 575.2, se distancia de ser un delito de daño relativo a los modelos de delito clásico. Como veremos en esta contribución, la norma merece una subdivisión propia, pues se emplaza en una tipología ligada a un régimen particular en el sistema penal español: actos preparatorios recogidos en la Parte Especial que gozan de cierta autonomía. Y esa configuración –como se sabe–, adquiere una importancia práctica notable, presentando, conjuntamente, arduos problemas dogmáticos y político-criminales. Expresado en otras palabras: la particularidad del delito dificulta la valoración del riesgo jurídicamente relevante y su momento consumativo. Sobre aspectos relacionados con la clasificación de los tipos penales presentados en esta nota, Harro OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, (Berlín: De Gruyter, 2004), § 4, n.º 2-21; Christian BERTEL y Claus SCHWAIGHOFER, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II (§ 169 bis 321k StGB)*, (Viena: Verlag Österreich, 2022), § 307 n.º 1-5.

⁵ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Reppertor), § 4, n.º 2-3: «El derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas. Aquí partiremos de la concepción del Estado social y democrático de Derecho, hoy ampliamente aceptada en nuestra área de cultura y acogida en el art. 1.1, de la Constitución española. Los tres componentes de dicha fórmula servirán de base a los distintos límites que a nuestro juicio deben respetar el legislador y los demás órganos encargados de ejercer la función punitiva. El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del *principio de legalidad*. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la *necesidad social de la intervención penal*. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de *dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano*» (negritas y cursivas en original).

⁶ Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (Bogotá: Temis, 2005) 61-62.

agrupa o selecciona los comportamientos que pretende evitar; únicamente aquellos que se muestren capaces de afectar el orden jurídico. Pero para cumplir dicho objetivo el contenido descrito en la norma deberá ser comprensible por los ciudadanos. Sin embargo, esto no ocurre del todo con art. 575.2 del código penal. En efecto, dentro del marco que dispone el legislador para decidir las conductas que deben elevarse a la categoría de delito y optar por una u otra técnica legislativa, destaca también la potestad de fijar la pena que estime oportuna en el marco de legalidad. Lo normal es que, dependiendo de la mayor o de la menor gravedad del acto, determine el grado de la sanción⁷. No obstante, la pena elegida por el legislador para el delito de autoadoctrinamiento se aleja del marco de la legalidad reseñado. En efecto, esto ocurre de forma similar en preceptos que incriminan actos de preparación en la Parte Especial, pues el legislador fija una sanción bastante elevada, un asunto controvertido, pues mediante esa técnica se incriminan actos que se encuentran demasiado lejos de producir una lesión; además, se acude en algunos casos a sanciones iguales a las previstas en la perfecta realización del tipo base⁸.

Los principios básicos del Derecho penal marcan, entre otros aspectos, límites que deben asumirse a la hora de describir las conductas prohibidas, esto, en atención a que la ley penal es el instrumento más violento con el que cuenta el Estado. En ese marco, no son pocos los autores que aseguran que principios como, (a) legalidad, (b) intervención mínima, (c) proporcionalidad, (d) lesividad, (e) presunción de inocencia y (f) culpabilidad, son

⁷ Helmut FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (Múnich: Beck C. H., 2011), nm. 32. No obstante, respecto a esa potestad, cabe señalar que el legislador tiene un límite: sancionar, únicamente, los comportamientos que no afecten de ninguna manera a la posibilidad de desarrollo de los ciudadanos; por tanto, desde mi punto de vista, las acciones que aparezcan en fase de preparación no pueden sancionarse de forma desequilibrada a la lógica que debería regir el sistema penal.

⁸ La norma objeto de revisión, art. 575.2 del código penal, no es un caso aislado en el marco del problema citado. Por ejemplo: el art. 400 establece la misma pena señala para los autores de un delito de falsedad que el sujeto prepare, obviamente, la pena dependerá del ilícito que se corresponda con el plan del autor, por ejemplo, la sanción será también de seis meses a dos años si prepara una falsificación de documento privado para perjudicar a otro (art. 395). Del mismo modo ocurre con el art. 248.2 b), pues este prevé una pena de prisión de seis meses a tres años para quienes preparen una defraudación informática. En sentido similar, el supuesto del art. 270.6 impone una sanción muy cercana a la prevista para el tipo de resultado, pues para la preparación corresponde a una pena privativa de libertad de seis a tres años de prisión; mientras que para el resultado es de seises a cuatro años (art. 270). Algo similar puede verse en el precepto contenido en el art. 183 ter, pues se trata de un delito que establece una pena privativa de libertad de uno a tres años para quien se ponga en contacto a través de Internet con un menor de edad y le proponga un encuentro. Mientras que, para el delito de resultado, abuso sexual, se impone una pena de prisión de dos a seis años (cfr. art. 183). Los ejemplos podrían ampliarse con facilidad.

incompatibles con el delito de autoadoctrinamiento⁹. Respecto a la legalidad (a), es evidente que la norma presenta un déficit en cuanto a la taxatividad, dado que la redacción se presta a confusiones interpretativas, sin ir más lejos, no se exponen –entre otras cuestiones– una noción de habitualidad y esto, como se sabe, genera problemas a la hora de determinar el riesgo típico en el marco de la imputación objetiva. Respecto a la intervención mínima (b), es de sobra conocido que existen otros mecanismos distintivos al Derecho Penal para evitar las acciones de autocalificación, al menos, en los sitios web, conjuntamente, la norma sanciona fases preparatorias que se pueden sancionar con otra figura de anticipación, como es la tentativa de los delitos relativos sección del capítulo donde reposa la norma. Respecto a la proporcionalidad penal (c), la pena privativa de libertad que reposa en la norma secundaria –«pena de prisión de dos a cinco años»–, es a todas luces desproporcional, puesto que tal sanción rebasa la coherencia sistemática, dado que no existe en sentido práctico una lesión o puesta en peligro para el bien jurídico, que, dicho sea de paso, es altamente difuso. Respecto a la lesividad (d), como se ha señalado, el precepto se centra en sancionar períodos anteriores a la tentativa, lo cual genera dudas sobre qué es lo que se lesiona. Respecto a la presunción de inocencia (e), la base de la problemática yace en detectar si la acción sancionada es en realidad dolosa o, de lo contrario, se emplaza en el marco de lo socialmente adecuado; de ahí, una vez más, la necesaria determinación de pautas interpretativas. Finalmente, se considera que algo análogo se podría afirmar sobre la culpabilidad, concretamente en el ámbito de la responsabilidad penal por el hecho propio, dado que eventos como la posesión o tenencia de aparatos y registros de accesos podrían derivarse en dispositivos que pertenezcan a terceros y esto, en contextos concretos, podrían derivar en infracciones al denominado principio de culpabilidad.

Desde este escenario, se estima necesario proponer criterios que ayuden a una correcta aplicación o legítima aplicación del precepto contenido en el art. 575.2 del Código Penal. Expresado de otro modo, la dudosa legitimidad de esa norma nos obliga a un inminente rechazo en atención a su notoria contradicción con los principios limitadores del poder punitivo¹⁰. Pero, como se

⁹ Al respecto, véase la excelente aportación de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios* (Madrid: Marcial Pons, 2012) 26 y ss.

¹⁰ Muy claro en este sentido –refiriéndose a la legitimidad del poder punitivo del Estado–, vid. Raúl Eugenio ZAFFARONI, *Estructura básica del Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar, 2011), 130: «[...] (*El Derecho penal es legítimo porque contiene*). Esta es la prueba empírica de que *el derecho penal no se legitima programando las decisiones jurídicas para acompañar el ejercicio de un poder punitivo que las agencias jurídicas no ejercen, sino que debe programarse para contener y legitimar su ejercicio*. De que el poder punitivo ejerza esta función contentora y reductora depende nada menos que la subsistencia del estado de derecho. El derecho penal, en este sentido, es un apéndice del

mostrará, dicho precepto podría salvarse mediante interpretaciones y soluciones respetuosas con los principios de la Política criminal. En ese sentido, será necesario –en el marco de una solución plausible– efectuar interpretaciones y restricciones teleológicas que nos lleven a aplicaciones calculadas y coherentes, para las conductas que regulan el delito de autoadoctrinamiento. Este ejercicio lo mostraremos a continuación.

III. ANÁLISIS EN CLAVE DE IMPUTACIÓN

Las dificultades que hemos reseñado brevemente junto aunadas a las valoraciones doctrinales de esta norma evidencian que el precepto contenido en el art. 575.2 del código penal requiere una interpretación restrictiva, ajustada a los principios básicos del Derecho penal. No les falta razón a los críticos del precepto cuando afirman que la «validación» de la norma dependerá de una lectura restrictiva; sin embargo, quienes sugieren dicha interpretación no exponen de qué manera debe restringirse el ámbito de aplicación del precepto¹¹. En similar dirección, los que proponen una interpretación restrictiva

derecho constitucional del estado constitucional del derecho. *El derecho y el poder jurídico se legitiman en la medida en que ejercen este control limitador*. Cuando renuncian a esta función pierden toda legitimidad» (cursivas y minúsculas en original).

¹¹ Sin ánimo de recopilar las múltiples valoraciones, se reseñan las que estimo suficientes para argumentar la incompatibilidad de la norma con el poder Punitivo del Estado y justificar la necesaria propuesta de solución, así, entre otras, véase la opinión de Miguel Ángel CANO PAÑOS, «La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 23 (2015): 29 y ss.; Carmen GONZÁLEZ VAZ, *El delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP)*, (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2021), 186 y ss.; María Alejandra PASTRANA SÁNCHEZ, *La nueva configuración de los delitos de terrorismo* (Madrid: Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado, 2020), 242; Ramón Miguel GARCÍA ALBERO, «Capítulo VII. De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo», en *Comentarios al Código Penal Español, Tomo II*, dir. por Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Pamplona: Aranzadi, 2016), 1884-1945; Eloy VELASCO NUÑEZ, «Tipos delictivos (Parte tercera)», en *Delincuencia Informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Eloy VELASCO NUÑEZ y Carolina SANCHIS CRESPO (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 239; Miguel Ángel CANO PAÑOS y Francisco Javier CASTRO TOLEDO, «El camino hacia la (Ciber) Yihad. Un análisis de las fases del proceso de radicalización islamista y su interpretación por parte de los tribunales españoles a partir de los datos suministrados por sentencias judiciales», *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología* (2018): 14, <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-15.pdf>; M^a del Carme GUIRAO CID, «El delito de autoadoctrinamiento: ¿adelantamiento de la intervención penal a la mera ideación subjetiva? Análisis de sentencias» *InDret* n.º 2 (2019): 5, https://indret.com/wp-content/uploads/2019/10/DEFINITIVO_Trabajo_DerechoPenal_InDret_GuiraoCid_MdelCarme_def.pdf. Estos autores exponen una valiosa aportación, entre otros aspectos, destacando las denominadas fases de la radicalización; sin embargo, como puede revisarse, en su investigación no reposa una propuesta específica sobre cómo debemos

no se pronuncian sobre los parámetros para realizarla, no presentan si la restricción debe hacerse con relación al alcance del bien jurídico, de cara a la relevancia de la acción, con relación a las fases de ejecución para negar la tentativa¹², o la posibilidad de rechazar las formas de participación. De ahí la necesidad de una solución. En ese sentido, se expone seguidamente una alternativa restrictiva que intente respetar, en mayor o menor medida, los principios limitadores del poder Punitivo del Estado.

1. *Criterios para determinar el riesgo típico relevante en el delito de autoadoctrinamiento*

La cuestión sobre cómo ha de configurarse la creación de un riesgo jurídicamente relevante en el delito de autocapacitación terrorista hasta ahora parece poco. La práctica jurisprudencial nos muestra que cuando hablamos del precepto contenido en el art. 575.2 del código penal estamos ante una norma sobre cuyos elementos esenciales aún no se ha acordado una propuesta de interpretación plausible¹³. Así las cosas, es necesaria una propuesta de interpretación mientras la norma permanezca en el código penal. Resulta altamente cuestionable este comportamiento aun existiendo en la legislación otros instrumentos de anticipación con los que se podrían proteger los mismos intereses jurídicos¹⁴. Ello es factible mediante la tentativa del respectivo

aplicar dicha norma. Por lo que estaríamos, a mi modo de ver, ante valiosas contribuciones críticas, descriptivas; pero carentes de una propuesta de construcción.

¹² Eloy VELASCO NUÑEZ, «Tipos delictivos (Parte tercera)», en *Delincuencia Informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Eloy Velasco Nuñez y Carolina Sanchis Crespo (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 238-239.

¹³ De esta opinión M^a del Carme GUIRAO CID, «El delito de autoadoctrinamiento: ¿adelantamiento de la intervención penal a la mera ideación subjetiva? Análisis de sentencias» *InDret* n.º 2 (2019): 19: «Se ha observado cómo en los fundamentos de las sentencias dictadas por la AN se tiende a utilizar, cada vez más, el modelo de las cuatro etapas elaborado por la OCI con el objetivo de determinar el grado de adoctrinamiento que presenta el sujeto a la hora de probar la existencia o no del elemento subjetivo. No obstante, y haciendo referencia a los estudios elaborados hasta la fecha sobre el *proceso de radicalización* [...], se debe concluir que los elementos incluidos en el modelo *resultan insuficientes* para determinar el *grado de asunción* de una ideología por parte de un sujeto» (comillas fuera del original). Esta autora, además, tras presentar un exhaustivo análisis de las jurisprudencias, pone de manifiesto la necesaria elaboración de criterios interpretativos para aplicar correctamente la norma (art. 575.2 del código penal).

¹⁴ Yesid REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2015), 280-281: «El adelantamiento de la penalidad mediante la creación de tipos penales que sancionan, por ejemplo, la simple tenencia de objetos o sustancias aptos para la falsificación de documentos no admite esta clase de justificación, porque existen muchos me-

delito fin. También aparecen en la Parte Especial del código penal preceptos que permiten sancionar conductas de participación para proteger bienes jurídicos similares al objeto protegido en el delito de autocalificación terrorista. Esto nos muestra que en un mismo cuerpo legal se contienen varias formas de anticipar la intervención para resguardar bienes jurídicos similares. Sin embargo, las acciones inculcadas en el precepto contenido en el art. 575. («posesión» y «acceso») no representan ni lesión ni puesta en peligro concreta para la estabilidad del Estado¹⁵.

Los problemas de inexactitud del *iter criminis* (por ejemplo: entre la conformación de preparación, tentativa, consumación, agotamiento...), la determinación de algunas figuras (por ejemplo: bien jurídico protegido, participación, coautoría, concursos...), así como ciertas características de la norma (por ejemplo: los rasgos para determinar la idoneidad de los objetos o materiales inculcados, la cualidad en el acceso a los contenidos prohibidos), influyen tanto a la hora de determinar una conducta penalmente relevante como en el momento de analizar la sanción. Esto, a nuestro juicio, obedece a una disconformidad de la norma con el sistema penal (excepciones al régimen general de los actos preparatorios punibles). Ahora bien, debemos añadir que, de todos estos aspectos señalados, el énfasis lo ha puesto la doctrina, —con cierta fuerza argumentativa— en la pena aplicable¹⁶. No obstante, asuntos como la determinación del riesgo jurídicamente relevante han quedado de lado por parte de la doctrina, a pesar de la importancia que merece¹⁷.

canismos a los que el Estado puede recurrir para la salvaguardia de los bienes jurídicos en los que no es su propia subsistencia lo que está en juego».

¹⁵ Hans KUDLICH, «Injusto objetivo y subjetivo de la acción en el delito doloso. A la vez, consideraciones sobre la relación entre el injusto doloso y el imprudente», en *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal. Contribución a la teoría del método y a la imputación en el Derecho penal*, traducido por Vicente Valiente Ivañez (Madrid: Marcial Pons, 2018), 183: «[...] el legislador, en su delimitación del injusto tipificado por medio de la redacción del tipo, toma en consideración no solo la lesión del bien jurídico como resultado acaecido, sino también el modo de ataque como cualidad especial de la conducta infractora».

¹⁶ Entre muchos otros, Miguel Domingo OLMEDO CARDENETE, «Delitos contra el orden público (VI)», en *Sistema de Derecho penal*, dir. por Lorenzo MORILLAS CUEVA (Madrid: Dykinson, 2021), 1598 y ss.; Pedro COLINA OQUENDO, «Delitos contra el orden público», en *Código penal concordado y comentado con jurisprudencia*, dir. por Luís Rodríguez Ramos, (Madrid: La Ley, 2017), 1123-1125; Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «Delitos contra el orden público (II)» en *Curso de Derecho penal. Parte especial*, en Alfonso Serrano Gómez, *et. al.* (Dykinson, Madrid 2021), 936 y ss.; Juan MESTRE DELGADO, «Delitos contra el orden público (II)» en *Delitos. La parte especial*, coord. por Carmen Lamarca Pérez (Madrid: Dykinson, Madrid, 2016), 328.

¹⁷ Sobre ello, Jesús SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2012), 670-679; Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, (Bo-

Con el fin de restringir la aplicación de la norma objeto de análisis –precepto contenido en el art. 575.2– presentamos nuestros criterios para efectuar la interpretación de la norma: el primero, *inserción estructural*; el segundo, *funcionalidad por reconfiguración*. Estos nos permitirán efectuar una interpretación restrictiva.

1.1. Criterios para determinar el riesgo típico relevante en el delito de autoadoctrinamiento

a) Inserción estructural

Entendemos por inserción estructural un estado favorecedor que permite la comisión de determinados delitos mediante la utilización de un conjunto de instrumentos. La inserción estructural se caracteriza por su relevancia lesiva en términos cuantitativos y se logra con los objetos e infraestructura de medios destinados a la comisión de un ilícito. Se trata de un *apparatus* u «objeto formado» por una combinación de piezas y elementos que sirven para desarrollar una función que determina el sujeto. En nuestro caso, compuesta por la combinación de piezas formadas por instrumentos tanto materiales como funcionales.

Tales instrumentos pueden aparecer al servicio de una organización criminal, en la medida en que las conductas sean desarrolladas por un conjunto de *tres o más* sujetos con vocación de permanencia y con cierta estructura organizacional que se reparten encargos específicos o puntuales. Además, han de contar con un grado relevante de coordinación¹⁸. Pero los instrumentos también pueden estar en poder de grupos criminales, esto es, la unión de *más de dos* sujetos que no tienen una clara vocación de permanencia y tampoco un reparto específico de funciones¹⁹. Asimismo, es posible la *inserción*

gotá: Temis, 1996), 78-82; Stefan Seiler, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Viena: Facultas, 2011) §2 n.º 64; BerndHeinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Stuttgart: Kohlhammer, 2016), §6 n.º 84-92; Einhard STEININGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen – Das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt* (Viena: Linde Verlag Ges.m.b.H., 2019), Kap. 6/3.

¹⁸ Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «Delitos contra el orden público (II)» en *Curso de Derecho penal. Parte especial*, en Alfonso Serrano Gómez, *et. al.* (Dykinson: Madrid, 2021), 923.

¹⁹ Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 883: «[...] el grupo criminal se define porque, aun teniendo una estructura similar a la organización, no reúne alguna o algunas de las características de ésta. El concepto de referencia es, pues, el de organización, cuyas características son, según el art. 570 bis.1: 1. Tratarse de una «agrupación» (en la definición del grupo que se da en el art. 570 ter.1 se habla de «unión»). 2. Estar formada por más de «dos personas» (en esto coincide con el grupo). 3. Tener carácter estable o por tiempo indefinido. 4. Repartirse tareas o funciones de manera concertada y coordinada. 5. Tener como finalidad cometer delitos (igual que el grupo). Las

estructural sin grupo o sin organización criminal. Lo esencial es la disposición de objetos hacia un determinado fin delictivo (como hemos apuntado)²⁰.

Cuando un sujeto –actuando de forma individual– arma su propia estructura delictiva y realiza acciones en solitario sin ninguna clase de vínculo con un grupo u organización criminal, la *inserción estructural* también puede presentarse. A nuestro modo de ver, uno de los aspectos centrales de la *inserción estructural* consiste en que los instrumentos –tanto materiales como funcionales–, puedan dar lugar a la realización casi segura del respectivo delito fin en la medida en que se disponen los objetos al servicio de una *funcionalidad delictiva*. En nuestra propuesta de interpretación, como veremos, habrá que exigir algo más que la suficiencia de los materiales u objetos para poder determinar la creación de un riesgo jurídicamente relevante de cara al delito de autotercerización terrorista²¹. La potencialidad o suficiencia de los instrumentos cobra cierta relevancia en esta clase de comportamientos²², puesto que, sin esta, como puede intuirse, nos alejamos de la relevancia que habría de exigir en el ámbito de la preparación delictiva. Por tanto, la mera relevancia de los instrumentos incriminados tendrá que ser asimilada como *causalidad*²³, es decir, deberá

diferencias entre la organización y el grupo están por tanto en las características que hemos enumerado como 3 y 4. El concepto de organización se caracteriza por estos dos elementos: su carácter estable o por tiempo indefinido, y por la concertación y la coordinación (para el grupo sólo se exige la concertación) entre sus miembros integrantes que se reparten diversas tareas o funciones. Esta segunda característica coincide con el primer elemento que la doctrina y la jurisprudencia atribuyen al concepto de coautoría: el acuerdo previo; y también es bastante parecida al concepto de conspiración, que se da en el art. 17.1 Cp».

²⁰ Similar, aunque se centra, fundamentalmente, en los límites de la aportación material de la organización terrorista, Mariona LLOBET ANGLÍ, «Fundamento y límites del delito de colaboración con organización terrorista- Una propuesta restrictiva», en *Derecho Penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús Silva Sánchez*, coord. por Percy García Caverro y Alejandro Chinguel Rivera (Lima: Ideas, 2019), 670 y ss.

²¹ Wolfgang FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (Nachdruck: C.F. Müller, 2012), 517: «[...] el efecto perturbador de la paz jurídica del comportamiento con consecuencias casi siempre es notablemente superior que el comportamiento sin consecuencias, e igualmente el cuestionamiento de la norma en tales casos llega a ser más claro y su efecto más cuestionable».

²² De otra opinión, Juan Córdoba Roda, dir. por Juan CORDOBA RODA y Mercedes GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo 2 (Madrid: Marcial Pons, 2004), 1874. Analizando esta clase de tipos, vemos que, al referirse a la acción de tenencia o posesión, afirma que será necesario para la aplicación del precepto que la tenencia de los instrumentos se extienda a un conjunto de objetos que una vez puestos en común resulten idóneos para la comisión del respectivo delito fin. Dicho en otras palabras, suscribe la tesis de la suficiencia como único criterio limitador para estas normas penales.

²³ Einhard Steininger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen – Das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt*, (Viena: Linde Verlag Ges. m.b.H, 2019), Kap 7/28: «Las doctrinas más antiguas de la causalidad tienen en común que no sólo definen la causa del delito

valorarse como un requisito necesario para la interpretación de la norma; pero insuficiente a la hora de aplicarla²⁴.

Debemos cuestionarnos qué es lo que debe caracterizar a la inserción estructural para ser considerada como tal, es decir, qué es lo que deben tener los instrumentos para afirmar que están fijados en una estructura delictiva, dicho de otro modo, para asegurarnos que funcionalmente son instrumentos delictivos y no de doble uso. A la hora de resolver esas preguntas, no proponemos una fórmula única o exacta que englobe todos los supuestos posibles, pero en la *inserción estructural* deberíamos apreciar siempre una potencialidad lesiva que supere las cualidades ordinarias de un individuo para delinquir en los respectivos ámbitos que incrimina el legislador. En ese sentido, para afirmar que contamos con *inserción estructural* los objetos deben representar un efecto multiplicador y facilitador, en otras palabras, deben generar un estado favorecedor para la comisión de los respectivos delitos que el sujeto prepara. La *inserción estructural* puede demostrarse cuando los objetos no solamente resultan idóneos para producir el resultado, sino que, además su aparición representa un paso previo y asegurador para la ejecución. En ese orden, es relevante la forma en que aparecen los instrumentos, esto es, los objetos materiales que acompañan a los objetos funcionales, la cualidad de los instrumentos, el lugar donde reposan los objetos (clandestinidad, por ejemplo) ... La forma en que se ubican nos debe mostrar también no solo el favorecimiento, sino la creación de un estado inequívoco de preparación delictiva²⁵. Los extremos deben genera escasas dudas respecto a la funcionalidad delictiva de los objetos. La disposición de los instrumentos debería resultar idónea en el marco de la preparación delictiva y dicha disposición tendrá que valorarse como una base sólida para la realización del delito fin. En otras palabras, la combinación de las piezas y el modo en que estas apa-

en términos naturalístico, también lo hacen en términos normativos, diferenciando entre las contribuciones parciales según su peso para la ocurrencia del éxito. Históricamente, sirvieron sobre todo para limitar los comportamientos irrelevantes según la teoría de la equivalencia».

²⁴ Al respecto, Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (Bogotá: Temis, 1996), 201: «[...], el juicio sobre la realización del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado penalmente relevante, exige necesariamente una valoración *ex post*; en efecto, así como en un plano óntico resulta impensable deducir la existencia de una relación de causalidad antes de que se haya producido una modificación del mundo exterior, así mismo carece de lógica cualquier intento de establecer la presencia de un vínculo entre un riesgo jurídicamente desaprobado y un resultado que como quebrantamiento de una norma penal aún no se ha producido» (cursivas en original).

²⁵ Esta postura se acerca más a la puntada por Diethelm KIENAPFEL, Frank HÖPFEL y Robert KERT *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundriss des Strafrechts* (Viena: Facultas, 2020), Z 21: A1.4: «Los actos preparatorios son aquellos comportamientos que tienen por objeto permitir, facilitar o asegurar la posterior ejecución del delito».

recen no solo favorecen la comisión de un respectivo delito, sino que también evidencian la función delictiva con una potencial virtualidad lesiva que supera la mera tenencia de objetos. No obstante, la aparición de los instrumentos que reposan en la estructura no lesiona aún el bien jurídico protegido, pero sí se produce –por decirlo de alguna manera–, un estado favorecedor desde la estructura.

En la *inserción estructural* hay todavía un déficit para configurar un riesgo próximo a la tentativa del delito fin, esto es, la falta de un elemento del tipo objetivo del injusto que se pretende lograr (el respectivo acto de terrorismo). Razon por la cual se requiere la verificación de nuestro segundo criterio, *funcionalidad por reconfiguración*. Como se mencionó, lo relevante sobre la *inserción estructural*, es que se muestre como un verdadero estado favorecedor o facilitador para la realización del delito fin²⁶. En la *inserción estructural* debe reflejarse dicha idoneidad de los instrumentos en sentido amplio, esto es, tanto en los instrumentos funcionales como en los materiales que adquiera el sujeto en la estructura. De no ser así, no se produciría un aumento relevante de peligro para los bienes jurídicos protegidos. Por eso, tendría que abandonarse la tesis de un peligro hipotético como el representado en la mera posesión, tenencia, fabricación o facilitación de instrumentos que, por sí mismos, no estén en condiciones de realizar el respectivo delito fin, pero que por encajar en la literalidad de la norma podría, en un futuro lejano o próximo, ser utilizados para extender esa posesión a otros objetos y lograr la idoneidad instrumental que permita la lesión. La mera posesión o facilitación de objetos considerados peligrosos (como manuales, libros de texto, notas de instrucciones...) están todavía muy alejadas de producir el delito fin²⁷; además, dichos elementos no presuponen todavía una relación

²⁶ Manuel CANCIO MELIÁ, «El injusto de los delitos de organización: Peligro y significado», en *Los delitos de organización* Manuel Cancio Meliá y Jesús Silva Sánchez (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2008), 42-48.

²⁷ José Carlos PORCIÚNCULA, *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»* (Barcelona: Atelier, 2014), 196: «[...] la mera presencia de un resultado no basta para la punición [...]. Es preciso, todavía, comprobar la existencia de un nexo de causalidad entre éste y el comportamiento típico. Además, es necesario constatar que el resultado representa la realización del riesgo en virtud del cual está prohibida la conducta y, no simplemente la realización de un riesgo tolerado de modo general. Si el resultado no constituye una consecuencia específica del comportamiento típico, es decir, si no hay «relación de realización» entre comportamiento típico y resultado, éste no es percibido ido por los ciudadanos como perturbación de la paz jurídica, ni siquiera como cuestionamiento de la vigencia de la norma, sino como producto del azar. En resumen: para la imputación del resultado hay que verificar, desde una perspectiva *ex post*, si el mismo puede ligarse *empírica* (nexo de causalidad) y *normativamente* («relación de realización») al peligro *ex ante* creado por el autor con su comportamiento» (cursivas en original).

espacio temporal entre la conducta del sujeto («posesión de materiales», «acceso a redes o contenidos en la web») y la modificación del mundo exterior; esto es, no se genera un peligro suficiente²⁸. Desde nuestro punto de vista, cuando se compruebe posesión de textos con contenidos yihadistas o accesos reiterados en determinadas páginas web, no se comete una infracción penal²⁹. En ese sentido, la *inserción estructural* no consiste simplemente en la mera cantidad dominante de los instrumentos que pueda disponer el sujeto³⁰, tampoco en la característica de los objetos como género prohibido. Lo importante es el efecto multiplicador que estos representan cuando son insertados en la estructura. Esto hará a que califiquemos el comportamiento de «acceso», de «posesión», o de «tenencia» como suficiente en términos de peligro, sin dar lugar aún al peligro concreto, pues para ello, será necesario que los instrumentos entren en el ámbito operativo del sujeto, el cual los ordena o dispone de tal manera que de ser meros objetos aislados pasemos a hablar de un aparato o mecanismo riesgoso. A modo de ejemplo en un delito de corte similar: la tenencia de una máquina que solo sirve para imprimir papel moneda no debería resultar de interés para el Derecho penal³¹, art. 400³². No obstante, si en un taller clandestino la impresora está acompañada de

²⁸ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Reppertor, 2015), §13 n.º 58.

²⁹ En contra de esta posición, en detalle, Eloy VELASCO NUÑEZ, «Tipos delictivos (Parte tercera)», en *Delincuencia Informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Eloy Velasco Nuñez y Carolina Sanchis Crespo (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 238-239: «Conducta del Art. 575.2 CP: quien con la finalidad de capacitarse para cometer cualquier delito terrorista lleve a cabo por sí mismo labores de auto adocctrinamiento –sobre doctrina e ideología intolerante que incite al uso de la violencia– o autoadiestramiento –técnicas de enseñanza práctica en el uso de actividades violentas–. Comete este delito quien acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación públicos on line o contenidos de. Internet, o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o sean idóneos para incitar a la incorporación a una organización/grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Se entienden cometidos en España si se accede desde España. También quien adquiera o tenga en su poder documentos dirigidos o con contenido idóneo para incitar a la incorporación a una organización/grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o sus fines».

³⁰ Justamente por eso, nos parece que no es necesario ni suficiente que el sujeto disponga de una cantidad elevada de tintas para imprimir billetes falsos, pues no es la cantidad lo que determina el peligro, sino el conjunto de instrumentos tanto materiales como funcionales que puestos en conjunto por una red de falsificadores o por un sujeto que, actuando en solitario, puede también conseguir el delito fin.

³¹ Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (Bogotá Temis, 1996), 71-77.

³² El precepto contenido en el art. 400 del código penal reza como sigue: «La fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad, u otros medios especifica-

pruebas de impresión de billetes falsos, tintas, papel con las cintas de seguridad tridimensional tejida, cartuchos, planchas para hacer billetes..., la situación cambia. Nótese que no se trata de la mera cualidad del género prohibido ni de la potencialidad del instrumento, sino de la agrupación de los objetos dispuestos de tal manera que sobrepasan la mera posesión y produzcan un estado de peligro potencial. No podemos olvidar que en la literalidad del precepto encajaría una impresora de alta tecnología, instrumento de doble uso³³. Sin embargo, sin el respaldo de otros instrumentos materiales no se genera una estructura delictiva. Tampoco se trata de la cantidad elevada de objetos, pues no es necesario que el sujeto cuente con cuatro impresoras ni con veinte litros de tintas, o con varias planchas³⁴... Lo mismo podría predicarse para el delito de autocapacitación con fines terroristas, pues no basta con que el sujeto cuente con un elevado número de manuales o con «acceder de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea», es necesario determinar, en términos objetivos, una agrupación de objetos y una implicación de estos elementos de tal manera que sobrepasen la mera posesión, generando un estado de peligrosidad. La mera tenencia o el mero acceso, por más habitual, solo produce un estado de sospecha hipotética sobre el individuo; nadie puede acceder a la mente del sujeto y saber si

mente destinados a la comisión de los delitos descritos en los Capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores».

³³ Emiliano BORJA JIMÉNEZ, «Delitos de posesión: una perspectiva desde la justicia penal preventiva», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 30 (2018): 35-36: «En este sentido, la antijuridicidad de la tenencia viene determinada por su ilegalidad y cierta permanencia en el tiempo. Pues únicamente la ilicitud de la posesión (de armas sin la licencia oportuna, de estupefacientes ilegales, de material pornográfico no autorizado, etc.) puede convertir el artículo neutro en una fuente de riesgo para bienes jurídicos de primer orden. Y, se apunta de nuevo, la ilegitimidad de la tenencia a su vez requiere de cierta potencialidad de su utilización, pues de lo contrario decaería toda capacidad de ofensividad. Esa potencialidad de utilización sólo puede desarrollarse si el objeto, en un determinado ámbito temporal, puede estar en contacto con un sujeto. La controlabilidad de la cosa ilícita a lo largo del tiempo, en consecuencia, configura la base material del injusto de los delitos de posesión. Ahí nacerá el peligro para valores e intereses jurídicos de la comunidad, y su naturaleza como delitos de riesgo y no de menoscabo».

³⁴ Criterio distinto habría de aplicarse respecto a la cantidad de billetes falsificados, pero no para los instrumentos utilizados en la instrumentalidad como delito, Víctor GÓMEZ MARTÍN, «De la falsificación de moneda y efectos de timbrado», en *Comentarios al Código Penal*, dirigido por Mirentxu CORCOY BIDASOLO y Santiago MIR PUIG (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 1327: «Debe ser aplicado con independencia del número de unidades de monedas alteradas o fabricadas, o del valor aparente de las mismas. En sentido afirmativo se pronuncia la jur. Para doc., en cambio, es necesario que el valor de las monedas alteradas o fabricadas sea económicamente considerable: dado lo elevado de la pena prevista (prisión de ocho a doce años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda), el principio de proporcionalidad obliga a una interpretación restrictiva del tipo».

se encuentra en un proceso idónea de capacitación y está dispuesto a cometer un acto de terrorismo; sin embargo, sí podemos apreciar un estado de peligrosidad real a partir de datos objetivos³⁵. En definitiva, mediante la *inserción estructural* se determina la suficiencia de los instrumentos que reposen en la estructura para que esta se perciba como peligrosa. Se trata de una potencialidad que supera, como dijimos, las posibilidades ordinarias en el marco de la preparación delictiva³⁶. Pasemos a explicar nuestro segundo criterio.

b) Funcionalidad por reconfiguración

En nuestro primer criterio anunciamos la necesidad de exigir algo más que la mera tenencia (mera cualidad de los instrumentos) para limitar el alcance del delito de autocapacitación con fines terroristas. La estructura, aunque lesiva todavía resulta insuficiente para crear una lesión o una puesta en peligro inmediata del bien jurídico.

La funcionalidad por reconfiguración significa que el sujeto se implique en el estado favorecedor, poniéndose a trabajar hacia la realización del delito fin. Es necesario que se involucre en la estructura, por ejemplo, que pase de la mera posesión de objetos a reconfigurar la situación de tal forma que su

³⁵ José Carlos PORCIÚNCULA, *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»* (Barcelona: Atelier, 2014), 228: «Para la moderna dogmática penal el «tipo subjetivo» concierne en la «esfera de la conciencia» del individuo. Los elementos subjetivos del tipo equivalen, así, a los estados mentales que este individuo «posee» en el momento de su conducta. Ya que, de acuerdo con esta versión cartesiana, la mente del individuo es perfectamente transparente para él pero impenetrable para los demás, se considera que los elementos subjetivos del tipo no son susceptibles de prueba directa, sino solo de prueba indiciaria (de acuerdo con la propia fórmula latina «*ea, quae consistunt in animo, non possunt probari directo, sed probantur ex indiciss*»). En otros términos: al no ser observables, los elementos subjetivos del tipo habrían de ser *inferidos* a partir de la conducta «externa» del individuo [...] de acuerdo con esta aproximación mentalista, los elementos subjetivos del tipo reflejan *entidades psicológicamente reales* localizadas en el «*fórum internum*» del individuo, por tanto, probar tales elementos implica *descubrir una realidad interna*» (cursivas en original).

³⁶ Yesid REYES ALVARADO, *El delito de tentativa* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2016), 266: «[...] una causalidad edificada sobre la idea de probabilidad permite que su existencia no deba ser valorada siempre desde una perspectiva *ex post* (como sí ocurre cuando se asume que el vínculo entre causa y resultado debe ser de certeza), sino que admitiría un juicio *ex ante* sobre las probabilidades de que una determinada conducta genera ciertas consecuencias. Sobre estos supuestos no hay obstáculo alguno para afirmar que el juicio de imputación objetiva en la tentativa se cierra con la determinación de una relación causal, como ocurre con las demás manifestaciones delictivas. Sólo que, a diferencia de lo que ocurre respecto a los delitos consumados, [...] en las tentativas se recurre a una perspectiva *ex ante* igual a la que la doctrina y la jurisprudencia dominantes emplean en los delitos de omisión» (cursivas en original).

comportamiento adquiera función delictiva³⁷. Funcionalidad por reconfiguración significa implicarse, hacer cambios relevantes en la estructura. Por ejemplo: diseñar el soporte y enviar las órdenes de pago que servirán para realizar la manipulación en la estafa informática³⁸ (art. 248.2 b]); organizar en el sótano de un inmueble donde reposa una cadena de producción de CDS o DVDS con ordenadores, tres máquinas tostadoras, un acopio de quinientos CDS vírgenes con etiquetas y carátulas de productos originales e impresoras de alta tecnología³⁹ (art. 270.6); atender el cultivo de las plantas, cambiando la tierra de las macetas donde reposan y cuidando el nivel de las luces especiales para acelerar el crecimiento, controlando la climatización del cultivo, activando el sistema de goteo para el riesgo de las mismas (art. 371.1); ajustar, cargar la máquina para imprimir billetes falsos (art. 400); empezar los *primeros pasos* que marquen los contenidos descargados en una web terrorista para conseguir la

³⁷ Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2008), 81-82: «El juicio de imputación «afirma» (o niega) una relación de dicho sujeto con un segundo término, la acción, objeto de aquel juicio. No sería correcto entender que la imputación permite afirmar que algo es acción. Se incurriría, así, en una argumentación circular: se imputa algo, la acción, que se considera entonces, precisamente por eso, acción. Pero no hay circularidad. Se distingue acción («Handlung») y hecho («That»). Ambas podían designar en un momento la misma realización, pero «That» añadía, según los casos, un matiz meliorativo o peyorativo, asociado, en este último caso, incluso a crimen o delito. La elección, por tanto, no sería casual. Se escoge un término que puede indicar algo más que obrar; designaría cierta valoración de lo que se obra».

³⁸ Enrique ORTOS BERENQUER y Margarita ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001), 70: «La consumación de la estafa informática se produce en el momento en que el sujeto consigue la trasferencia no consentida. Consecuentemente, se aprecia la efectiva producción del desplazamiento patrimonial con el perjuicio y enriquecimiento consiguientes, lo que no impide apreciar la infracción en grado de tentativa si una vez realizada o comenzada la manipulación no llega a producirse el resultado señalado».

³⁹ Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial», en *Curso de Derecho penal*, Alfonso Serrano Gómez, et. al, *Parte especial* (Dykinson: Madrid, 2021), 390: «La interpretación del «beneficiarse económicamente» en el apartado 6º del art. 270 CP requiere una interpretación acorde a la no exigencia de que las conductas previstas en el art. 270.6 CP sean realizadas «con fines comerciales». Existiría ánimo de lucro, cuando un sujeto ostenta la posesión de un medio específicamente destinado para imprimir o neutralizar un mecanismo de protección con el objeto de obtener dinero a cambio de comercialización de copias, o bien por otras vías indirectas, no debiendo ser confundida con el ánimo de lucro la voluntad de ahorrarse el precio de la obra original. La exigencia de que las conductas típicas previstas en el art. 270.6 CP deban ser realizadas «en perjuicio de tercero» significa que, para ser típicas, las mismas deben ser objetivamente adecuadas para lesionar los derechos de explotación económica de propiedad intelectual».

fabricación de un artefacto explosivo⁴⁰ (art. 575.2). Todas estas acciones tienen algo en común: el sujeto despliega su personalidad en la estructura, se amplía la potencialidad lesiva por su *inserción estructural*.

Funcionalidad por reconfiguración, en pocas palabras, significa: disponer una serie de objetos mediante su inserción estructural y su puesta al servicio de una función delictiva. Esto implica la realización de actos con proximidad espacio-temporal, así como inequívocamente ordenados a la producción del delito⁴¹. En la funcionalidad por reconfiguración no se consigue la lesión del bien jurídico propia del *delito fin*. O sea, hay todavía una carencia –o ausencia de un elemento– en el tipo objetivo del *delito fin* (lesividad al bien jurídico). Sin embargo, la funcionalidad por reconfiguración representa una situación próxima a la puesta en *peligro concreta* para el bien jurídico en la medida en que el sujeto modifica la posición de los objetos dispuestos en la estructura, y ello inequívocamente dirigidos a la producción de un resultado lesivo⁴². Al apoyarse en el estado favorecedor que le brinda la estructura puede dirigir sus actos con elevadas posibilidades de producir un resultado lesivo⁴³. De ese modo «[...] la conducta desplegada por el autor puede ser

⁴⁰ Carlos CASTELLVÍ MONSERRAT, «De los delitos de terrorismo» en *Comentarios al Código Penal*, dirigido por Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Santiago Mir Puig (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 1766: «Tal y como está configurado, el delito se consuma con el acceso habitual o la simple tenencia de información susceptibles de incitar a unirse a una organización terrorista, sin que sea necesario siquiera que se haya leído su contenido. En todo caso, cuando estas conductas se realicen con fines de investigación –de cualquier clase– resultarán atípicas por no concurrir en ellas el elemento subjetivo del tipo consistente en perseguir capacitarse para cometer otros delitos de terrorismo» (cursivas fuera del original).

⁴¹ Miguel COBO DEL ROSAL y Tomás VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 717-718: «El principio de la ejecución no representa sólo el comienzo de la actividad descrita en el tipo, sino también la realización –siquiera sea parcial o fragmentaria– del contenido del injusto típico. De ahí que, junto al criterio de la acción típica entendida según la concepción natural, haya que recurrir al *injusto* típico para obtener un segundo principio diferenciador. El requisito de la producción de un peligro para el bien jurídico plantea inmediatamente el problema de la idoneidad de los actos realizados para la producción del resultado típico y, con él, del valor de la causalidad como criterio delimitador de la ejecución. [...] admitir que la preparación es ejecución, implica una contradicción semántica: ejecutar es, conceptualmente, poner por obra el tipo y el que lleve a cabo un acto preparatorio todavía no ha comenzado a poner por obra el tipo» (cursivas en original).

⁴² Yesid REYES ALVARADO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Revista General de Derecho Penal*, n.º 11 (2009): 4: «Lo que realmente permite trazar una línea divisoria entre aquellos comportamientos que interesan al derecho penal y los que deben permanecer al margen del mismo, es la producción de una indebida forma de ataque al bien jurídico objeto de protección».

⁴³ Para la determinación de un peligro concreto, presupuesto que también comparto, Claus ROXIN y Luis GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau*

interpretada objetivamente y desde una perspectiva *ex ante*, como probabilísticamente apta para conseguir la finalidad perseguida por el autor»⁴⁴.

IV. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN

La suficiencia de útiles prohibidos por el legislador no implica *per se* la determinación de una conducta jurídicamente relevante a efectos de imputación. Esto, al menos en un Estado democrático respetuoso de los principios que limitan el poder punitivo del Estado.

Los criterios que proponemos en esta contribución –inserción estructural y funcionalidad por reconfiguración–, nos ayudarán valorar los riesgos relevantes a efectos de imputación. No basta con que los instrumentos sean materialmente idóneos, sino que exigimos algo más: que se ordenen al delito fin mediante una inserción que los valora como conjunto delictivo y, al mismo tiempo, que el agente reconfigure la situación dirigiendo el aparato delictivo hacia la lesión del bien jurídico⁴⁵. Desde esta perspectiva, se requiere algo más que la idoneidad de los instrumentos y su inserción estructural para valorar la conducta de posesión, por ejemplo, como relevante a efectos de tipicidad⁴⁶. La potencialidad de los instrumentos representa una mera causalidad a

der Verbrehenslehre (Múnich: C.H. BECK: 2020), §11, n.º 115: «[...] de los numerosos casos se pueden extraer dos presupuestos de un peligro concreto generalmente reconocidos: En primer lugar, ha de existir un objeto de la acción y haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y en segundo lugar la acción inculpada tiene que haber creado un peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción».

⁴⁴ Yesid REYES ALVARADO, *El delito de tentativa* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2016), 494: «La distinción entre los tipos penales que sancionan la preparación en sí misma sin especificar las conductas que se censuran, y aquellos otros en los que la tipificación se refiere de manera puntual a determinados comportamientos, permite responder de manera diferenciada a la pregunta sobre si es concebible y punible la tentativa de los actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo consumado. Esa posibilidad existe cuando lo que el legislador sanciona es un determinado comportamiento constitutivo de una preparación delictiva, siempre que la conducta desplegada por el autor pueda ser interpretada objetivamente y desde una perspectiva *ex ante*, como probabilísticamente apta para conseguir la finalidad típica perseguida por el autor. Si, por el contrario, lo que se eleva a la categoría de delito autónomo consumado es la preparación de un delito en sí misma, entonces la tentativa debe rechazarse porque una norma así concebida abarca ya, como consumación, la punibilidad de todo lo que ocurra en el ámbito previo a ella».

⁴⁵ Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (Bogotá: Temis, 1996), 75, 116, 126, 127; entre otros lugares.

⁴⁶ Stefan SEILER, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Viena: Facultas, 2011), §3 n.º 220: «El requisito básico para el componente de conocimiento de la intención es la adquisición bruta de la pérdida de la situación. Si la concepción del autor se desvía sustancialmente del proceso causal real, esto excluye el propósito del sujeto. El *dolus generalis* se utiliza en el caso de las transacciones de donaciones

la luz del precepto, la cual no crea todavía peligro. Dicho de otra manera: no representa aún la creación de un riesgo jurídicamente relevante a efectos de imputación. Por eso decimos que *la* potencialidad de los instrumentos encierra un dato clave, pero no basta para establecer la relevancia de la conducta respecto al delito de autocapacitación con fines terroristas. Por todo ello, se insiste en la necesaria concurrencia de los criterios propuestos: inserción estructural y funcionalidad por reconfiguración⁴⁷.

El precepto describe una pena de dos a cinco años de prisión a quienes posean o accedan a contenidos para la capacitación terrorista⁴⁸. Desde este panorama, el autor debe contar con la suficiencia de los instrumentos, así como la dotación de los medios para obtener el resultado típico: empezar el proceso de capacitación, sin que sea necesario, para su consumación, el que llegue a capacitarse. El tipo pretende reducir las barreras inhibitorias para la comisión de un acto terrorista, sin embargo, entendemos que no es posible asegurar cuándo un sujeto se encuentra preparado para cometer un acto de terrorismo o se emplaza en un proceso idóneo de autoadocctrinamiento⁴⁹ (por el mero hecho de ingresar a páginas prohibidas o por poseer materiales concretos). En ese orden, resulta necesario brindar criterios para determinar la relevancia de los contenidos que pueden derivar idoneidad durante el proceso; es decir, determinar qué material es susceptible y suficiente para configurar el citado proceso de autoadocctrinamiento (fenómeno conocido como *lobo solitario*⁵⁰).

Parece poco habitual la realización de estos actos de forma estrictamente individual, pues normalmente los atentados terroristas requieren de un

múltiples en las que el autor piensa que ya ha conseguido el éxito con el primer acto de acción, cuando en realidad éste sólo se produce mediante un segundo paso de acción» (cursivas fuera del original).

⁴⁷ Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (Bogotá: Temis, 1996), 113-118; Yesid Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2016), 110-111.

⁴⁸ Juan Carlos CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo. La L.O. 2/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 61.

⁴⁹ Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2008), 102: «La imputación jurídica, al incluir por tanto coerción externa y motivos diversos al puro deber, apela a medios externos para obtener de su destinatario la conducta. Se entiende, así, que imputación con validez jurídica sea aquella que excluye las consecuencias («[e] efecto jurídico de un hecho determinado es la pena; el de uno meritorio, recompensa (*praemium*)»)» (cursivas en original; negritas fuera del texto).

⁵⁰ Mario TOBOSO BUEZO, *Lobos de occidente. El terrorismo individual como elemento emergente y evolución tácita del al-qa`ida* (Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2014), 89-100.

respaldo tanto económico como ideológico a razón de la magnitud del resultado pretendido. Bien es sabido que para la realización de estos actos suele ser necesario contar con el apoyo de grupos terroristas. En este sentido, considero que la comisión de un acto de terrorismo de manera individual no implica la inexistencia de otros sujetos detrás del «lobo solitario». Me refiero a un grupo o a una organización en donde se ampara el sujeto, pues, cuanto menos, se requieren conversaciones frecuentes con miembros de estos grupos u organizaciones de manera fluida de cara al atentado planeado⁵¹. Sin embargo, la infracción se comete, según el texto de la ley, cuando un sujeto acceda de manera habitual a uno o a varios servicios de comunicación accesibles al público; o cuando adquiere dicha información, lo que resulta en realidad poco relevante a efectos de peligrosidad⁵². Como se expuso, se castiga con una pena de prisión de dos a cinco años, para ese marco penológico, estimamos necesario requerir que la persona enjuiciada haga algo más que navegar en páginas yihadistas o adquirir «información prohibida», pues en un Estado de Derecho resulta contradictorio privar de libertad a alguien por navegar en Internet o por descargar documentos valorados como «peligrosos»⁵³. Ya habíamos anunciado en otro lugar sobre la incompatibilidad de la norma con algunas garantías constitucionales como la presunción de inocencia⁵⁴. Además, señalamos que se trata de un precepto desproporcionado, pues no es igual sancionar a alguien –*con pena privativa de libertad*– por llevar a cabo un proceso de auto capacitación para cometer un delito que por cometerlo...

Analicemos un primer supuesto. Se trata de un sujeto que consulta reiteradamente noticias sobre el Estado islámico, se suscribe en canales de Youtube y realiza diariamente (durante dos meses) lecturas relacionadas con el terrorismo⁵⁵. A nuestro modo de ver, esta acción no representa un riesgo rele-

⁵¹ Juan Carlos CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo. La L.O. 2/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 11-12.

⁵² Esta norma, como acto preparatorio es, exige que las conductas realizadas demuestren cierto grado de relevancia respecto del bien jurídico que se protege, paz pública o seguridad del Estado. Es necesario determinar que los sujetos se preparen para cometer actos de terrorismo, lo que no requiere metalizar el proyecto delictivo, sino la producción de la puesta en peligro del bien jurídico desde el marco de la preparación.

⁵³ Próximo, pues en realidad se refiere a las conductas lícitas con apariencia de ilícitud, Wolfgang NAUCKE, *Strafrecht: Eine Einführung* (Múnich: Hermann Luchterhand Verlag, 1998), 73-74.

⁵⁴ Mariona LLOBET ANGLÍ, «¿Terrorismo o terrorismos?: Sujetos peligrosos, malvados y enemigos», *RJUAM*, n.º 31 (2015): 24.

⁵⁵ Para José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al Código penal* (Madrid: La Ley, 2016), 1631-1632, estamos ante un tipo penal flexible, además, sostiene que el delito se comete cuando: «[...] se acceda habitualmente a determinados medios de comunicación que incitan a la incorporación a organismos terroristas o a colaborar con ello, así como quien adquiera o tenga en su poder documentos en dicha línea».

vante a efectos del tipo de autoadoctrinamiento, esto es, las acciones ejecutadas no son suficientes en términos cuantitativos en comparación con el *telos* de la norma. Respecto al primer criterio, *el de inserción estructural*, considero que el sujeto no cuenta con una estructura que determine un estado favorable para la comisión de ese delito, pues, aunque consulte los contenidos, tanto los canales de Youtube como las *lecturas –por más arriesgadas que puedan parecer–*, no se entiende que puedan ayudar a acelerar el proceso de capacitación para cometer un atentado terrorista. En ese orden, la acción es todavía atípica. Y lo es por representar un «peligro insuficiente» en términos cuantitativos. También en términos cualitativos, dado que las acciones ejecutadas son todavía «adecuadas socialmente» (representan un aporte significativo para la sociedad en lo que se refiere al Derecho a la información). Además, objetivamente, no demuestran una pretensión inequívoca de defraudar o de dañar a otro⁵⁶. Cosa distinta sería que la suscripción a Youtube se acompañe del visionado regular de tutoriales sobre la construcción de artefactos explosivos –como una bomba– y que las actividades de investigación consistan en consultas a expertos sobre la compra e instalación de armas y explosivos en foros de origen no convencional o la adquisición de imágenes o planos de determinados edificios, llegando el sujeto a un paso más, como la adquisición o compra de algunos de los materiales relacionados en su consulta. Desde nuestro punto de vista, en este supuesto no solo contamos con la inserción estructural, pues el sujeto modifica la posición, se implica en la estructura, consulta de manera reiterada en los canales, se suscribe a estos...; participa en los foros, organiza información, ordenándola *en pos* de una clara y manifiesta planificación terrorista. Por lo tanto, hay, además, funcionalidad por reconfiguración, la acción no puede ser valorada como irrelevante.

1. Sobre las ventajas y utilidad de los criterios

Tras la aplicación de los criterios en la norma analizada, conviene exponer seguidamente algunas de las ventajas de nuestra propuesta de interpretación. Como anunciamos al inicio de la investigación, los criterios interpretativos deberían ayudarnos –en mayor o menor medida–, a salvar los principios limitadores del poder punitivo del Estado.

Con esta interpretación podemos contribuir a mantener las garantías derivadas del principio de legalidad. En concreto, me refiero al mandato de

⁵⁶ Yesid REYES ALVARADO, *El delito de tentativa* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2016), 124. A este respecto, opina que: «[...] las conductas que no tengan la capacidad de afectar las relaciones de la comunidad *no deben ser intervenidas por el derecho porque pertenecen a la esfera privada del individuo*, lo que no obsta para que las mismas no puedan ser objeto de controles desde el punto de vista moral o religioso» (cursivas fuera del original).

determinación al que hicimos mención. Así pues, los problemas señalados respecto a las nociones de «habitualidad» o «capacitación» (contenidas en el art. 575.2), se diluirían si exigimos la concurrencia de nuestros criterios de interpretación (inserción estructural y funcionalidad por reconfiguración). Pues, al requerir tanto la inserción estructural como la funcionalidad por reconfiguración el autor emitirá un comportamiento ilegítimo, ya que realizaría una acción valorada objetivamente como inequívocamente competente para completar la conducta final planeada por el sujeto, aunque *ex post* no la consiga. De ese modo la acción será típica en la medida que atienda a la idea de inserción estructural y funcionalidad por reconfiguración. La «capacitación» solo se daría cuando el sujeto cuenta con los objetos (materiales, manuales, videos, audios...) y los hace propios como instrumentos de adquisición de una destreza hasta el punto de que podamos decir que está formado (y no solo informado). Respecto a la «habitualidad» será preciso que el sujeto reitere las conductas dándoles sentido formativo, esto es, de duración, de frecuencia y sin lapsos carentes de actividad.

Algo similar apreciamos con el principio de subsidiariedad. Mostramos también que ese principio resultaba incompatible. Al exigir los criterios interpretativos, no nos conformamos con castigar meras acciones preparatorias, sino que exigimos la puesta en marcha mediante una estructura que favorezca la comisión de los respectivos delitos fines. Esto es, una situación próxima a la tentativa del delito fin⁵⁷. Requerir algo más que la mera preparación de un delito significa, en mayor o menor medida, una contribución al mantenimiento de un Derecho penal que debería ser subsidiario⁵⁸. No se trata de una solución definitiva para evitar acudir al Derecho penal, pero puede entenderse como restricción interpretativa que favorece a la reducción del poder punitivo del Estado.

La idea de proporcionalidad también la podríamos salvar mediante nuestra propuesta de interpretación. El delito de autocapacitación con fines terroristas no se corresponde con el mandato de proporcionalidad, por lo que era necesario buscar criterios para salvar esta garantía a la hora de interpretar la norma⁵⁹. Cuando estudiamos el principio de proporcionalidad, entendimos

⁵⁷ Yesid REYES ALVARADO, *El delito de tentativa* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2015), 277: «[...] los actos preparatorios se reducen básicamente a la consecución y prueba de los instrumentos necesario para la comisión de un delito y a la exploración del lugar adecuado para ejecutarlo, ellos también pueden ser entendidos en forma más general como conductas que, al no suponer un quebrantamiento de la vigencia de la norma, son irrelevantes para el ordenamiento jurídico».

⁵⁸ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Reppertor, 2015), §4 nm. 48.

⁵⁹ Heiko HARTMUT LESCH, *El concepto de delito* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 209-2012.

que no es lo mismo el producir que lo producido, esto es, no es igual la capacidad de lesionar un bien que lesionarlo. Por eso, reclamar que el sujeto despliegue una conducta que represente, al menos, una organización de elementos o medios, de forma tal que inequívocamente se oriente a la producción del delito fin; parece más razonable y cercano al postulado de la proporcionalidad que sancionarle por emplazarse en un contexto de probabilidad de lesión como puede ser el de la posesión de objetos o el acceso reiterado a contenidos prohibidos.

Nuestro modelo de interpretación también asiste al mantenimiento del principio de lesividad⁶⁰. Desde esa perspectiva, exigir que se «reconfigure la situación» significa algo más que una mera posibilidad de lesión, dado que cuando el sujeto se implica en la estructura, encamina sus actos hacia la lesión del bien jurídico, el comportamiento desplegado no solo se interpreta como probabilísticamente apto para conseguir la lesión, sino que, al modificar la posición, despliega con su conducta un riesgo próximo a la tentativa del delito fin. En ese orden, cabe entender que la *estructura en la que se inserta y reconfigura* el sujeto facilita la lesión del bien jurídico.

Conjuntamente, nuestra propuesta de interpretación nos ayuda a salvar la presunción de inocencia. El delito de autocapacitación con fines terroristas – tal y como está redactado en la actualidad –, ni resulta del todo compatible con la garantía de la inocencia⁶¹. Ahora bien, como se ha reiterado, en la funcionalidad por reconfiguración exigimos que el sujeto se implique en la estructura, desplegando una acción que no supone la inmediata consumación del delito fin, pero que sí demuestra la implicación del sujeto en el proyecto

⁶⁰ Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «La construcción del bien jurídico protegido a partir de la Constitución», en *Derecho Penal Constitucional*, dirigido por Gonzalo Quintero Olivares (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 116-117: «La esencia de lo antijurídico se centra en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Eso es fácilmente comprensible, pero, en cambio, falta la declaración expresa de que *siempre ha de ser así*, de modo tal que en ningún caso pueda castigarse una acción que no ha tenido ese efecto [...] En ello reside la llamada *antijuridicidad material*. Si el legislador produce una norma en la que no es posible ver un bien jurídico reconocible como tal, o la capacidad de la acción típica para ofenderlo por lesión o por peligro, podremos decir que se trata de una norma penal que yerra su camino y carece de justificación. [...] La solución no puede ser «inventarse» los bienes jurídicos, que es lo que a veces se hace cuando se da esa condición al interés u objetivo que persigue el legislador, como si se tratara del buen rey cuyos designios son necesariamente buenos y justos, y se utiliza ese argumento para consolidar coactivamente un principio moral particular o una situación económica o política inaceptable. [...] No todo bien jurídico necesita protección penal. Esta solo puede presentarse cuando se comprenda la ineficiencia de otros instrumentos jurídicos no penales (*ultima ratio*)» (cursivas en original).

⁶¹ Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 187.

delictivo. En ese orden, entiendo que su comportamiento queda exento de dudas. Por ello, será susceptible de reproche por lo menos como tentativa del delito fin, sin dudar de su inocencia⁶².

Respecta al principio de culpabilidad, exigir que el sujeto *reconfigure la situación*, es una manera de constatar acciones realizadas por él, descartando posibilidad de castigarle por conductas ejecutadas por otro. No es lo mismo sancionarle por la tenencia de instrumentos que eventualmente serán empleados por otros para capacitarse que hacerle responsable por un comportamiento propio a la hora de detectar la implicación del sujeto en la estructura, así como la reconfiguración de la situación. Esta última variante es inequívocamente concluyente y propia del sujeto, sin importar que con posterioridad no logre cometer un acto de terrorismo por razones ajenas a su voluntad: le castigaríamos por un acto ejecutado por él; no por una acción realizada por otro, lo cual abonaría al mantenimiento del principio de culpabilidad.

Si se pretende una interpretación restrictiva –compatible con los principios básicos del Derecho penal–, parece conveniente exigir la concurrencia de los criterios propuestos: inserción estructural y funcionalidad por reconfiguración. Cuando el sujeto reconfigura la situación crea un resultado de peligro adyacente a la posibilidad de daño, no se ubica simplemente en la posesión cualitativa de objetos valorados como peligrosos. En otras palabras, su conducta representa un *riesgo* jurídicamente relevante, esto es, una acción inequívocamente lesiva, próxima a la tentativa idónea del respectivo acto terrorista. Debe ser próximo a una tentativa idónea, pues la inserción estructural (primer criterio) se entiende como un estado favorecedor para la comisión de los respectivos delitos fines. Ese estado, obviamente, encuentra su fundamento en la idoneidad de los instrumentos que emanan de la estructura facilitadora⁶³.

V. CONCLUSIONES

1. La problemática del precepto contenido en el art. 575.2 del código penal no se centra en un defecto de redacción a pesar de que esto salte a la vista, sino más bien en su discordancia con el sistema; es decir, excepciones al régimen general de los actos preparatorios punibles previstos en los arts. 17 y 18 del código penal. De aquí se deduce la

⁶² Yesid REYES ALVARADO, *El delito de tentativa* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2015), 267.

⁶³ Próximos se muestran Helmut FUCHS e Ingeborg ZERBES, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Viena: Verlag Österreich, 2021), § 28 n.º 10, quienes, sin embargo, apuestan por la necesaria inclusión de delitos preparación para supuestos conflictivos [«strittig»].

- imposibilidad de atribuir un significado lógico a la situación del precepto con el sistema general de una ley.
2. El modo de proceder del legislador, incluyendo esta clase de comportamientos, resulta una decisión tanto arbitraria como irracional, pues se trata de inclusiones normativas que carecen de valoraciones rigurosas fundadas en experiencias del pasado (piénsese; puntualmente, en la inconstitucionalidad del derogado art. 509 del código penal de 1973 que sancionada la posesión o tenencia de gánzúas para la ejecución del delito de robo). Se trata por tanto, de un modelo de sanción similar, por tanto, ilegítimo, cuanto menos, a la altura de los tiempos.
 3. Si la legitimidad del precepto contenido en el art. 575.2 del código penal se mide por la tipificación de los elementos que se contiene en la lesividad de las conductas («posesión» y «acceso a contenidos valorados como peligrosos»); el delito de autoadoctrinamiento con fines terroristas no puede ser valorado como legítimo; de ahí la necesidad de aplicar criterio o buscar propuestas de solución que intenten ajustarse a la legitimidad.
 4. El resultado de los comportamientos tipificados en el delito de autoadoctrinamiento con fines terroristas no genera –en términos fenoménicos– un riesgo en virtud del cual pueda sostenerse tanto la *prohibición de la conducta* como la *gravedad de la sanción*; pues el resultado típico –siguiendo la pauta marcada por el legislador– no puede valorarse de forma democrática como *perturbación de la paz jurídica*, sino más bien como la sanción de conductas potencialmente peligrosas o presuntamente peligrosas.
 5. La permanencia de esta norma, en el código penal, podría salvarse si aplicamos una interpretación restrictiva. Para ello proponemos una solución a partir de la doctrina de la imputación objetiva que consiste en *comprobar* y *valorar* que la conducta despliega objetivamente un riesgo cuando supone una «inserción estructural» y se confirme su «funcionalidad por reconfiguración». Aunque la dudosa legitimidad del precepto podría llevar a un rechazo por razón de principios, hemos construido una propuesta de solución respetuosa con los principios limitadores del poder punitivo del Estado. En ese orden, podemos efectuar interpretaciones y restricciones teleológicas que nos lleven a una aplicación sopesada y prudente del precepto contenido en el art. 575.2 del código penal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BERTEL, Christian y SCHWAIHOFER, Claus, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II (§ 169 bis 321k StGB)*, (Viena: Verlag Österreich, 2022).

- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Delitos de posesión: una perspectiva desde la justicia penal preventiva», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 30 (2018): 35-36.
- CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo. La L.O. 2/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015).
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «El injusto de los delitos de organización: Peligro y significado», en *Los delitos de organización* Manuel Cancio Meliá y Jesús Silva Sánchez (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2008), 42-48.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel y CASTRO TOLEDO, Francisco Javier, «El camino hacia la (Ciber) Yihad. Un análisis de las fases del proceso de radicalización islamista y su interpretación por parte de los tribunales españoles a partir de los datos suministrados por sentencias judiciales», *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología* (2018): 14, <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-15.pdf>.
- «La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 23 (2015): 29 y ss.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos, «De los delitos de terrorismo» en *Comentarios al Código Penal*, dirigido por Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Santiago Mir Puig (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015).
- COBO DEL ROSAL, Miguel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 717-718.
- COLINA OQUENDO, Pedro, «Delitos contra el orden público», en *Código penal concordado y comentado con jurisprudencia*, dir. por Luis Rodríguez Ramos, (Madrid: La Ley, 2017), 1123-1125.
- CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, dirigido por Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán, Tomo 2 (Madrid: Marcial Pons, 2004), 1874 y ss.
- FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (Nachdruck: C.F. Müller, 2012), 517.
- FRISTER, Helmut, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (Múnich: Beck C. H., 2011), nm. 32.
- FUCHS, Helmut y ZERBES, Ingeborg *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Viena: Verlag Österreich, 2021).
- GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel, «Capítulo VII. De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo», en *Comentarios al Código Penal Español, Tomo II*, dir. por Gonzalo Quintero Olivares (Pamplona: Aranzadi, 2016), 1884-1945.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «De la falsificación de moneda y efectos de timbrado», en *Comentarios al Código Penal*, dirigido por Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 1327.
- GONZÁLEZ VAZ, Carmen, *El delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP)*, (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2021).
- GUIRAO CID, M^a del Carme, «El delito de autoadoctrinamiento: ¿adelantamiento de la intervención penal a la mera ideación subjetiva? Análisis de sentencias» *InDret* n.º 2 (2019): 5, https://indret.com/wp-content/uploads/2019/10/DEFINITIVO_Trabajo_DerechoPenal_InDret_GuiraoCid_MdelCarme_def.pdf.
- HARTMUT Lesch, Heiko, *El concepto de delito* (Madrid: Marcial Pons, 2016).
- KIENAPFEL, Diethelm, HÖPFEL, Frank y KERT, Robert, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundriss des Strafrechts* (Viena: Facultas, 2020).

- KUDLICH, Hans, «Injusto objetivo y subjetivo de la acción en el delito doloso. A la vez, consideraciones sobre la relación entre el injusto doloso y el imprudente», en *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal. Contribución a la teoría del método y a la imputación en el Derecho penal*, traducido por Vicente Valiente Ivañez (Madrid: Marcial Pons, 2018).
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, «¿Terrorismo o terrorismos?: Sujetos peligrosos, malvados y enemigos», *RJUAM*, n.º 31 (2015): 24 y ss.
- «Delitos contra el orden público», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, dir. por Jesús Silva Sánchez y coord. Por Ramón Ragués i Vallès (Barcelona: Atelier, 2021), 462-463.
- «Fundamento y límites del delito de colaboración con organización terrorista- Una propuesta restrictiva», en *Derecho Penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús Silva Sánchez*, coord. por Percy García Caveró y Alejandro Chinguel Rivera (Lima: Ideas, 2019), 670 y ss.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Comentarios al Código penal* (Madrid: La Ley, 2016), 1631-1632.
- MESTRE DELGADO, Juan, «Delitos contra el orden público (II)» en *Delitos. La parte especial*, coord. por Carmen Lamarca Pérez (Madrid: Dykinson, Madrid, 2016), 328.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Reppertor).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022).
- NAUCKE, Wolfgang, *Strafrecht: Eine Einführung* (Múnich: Hermann Luchterhand Verlag, 1998), 73-74.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo, «Delitos contra el orden público (VI)», en *Sistema de Derecho penal*, dir. por Lorenzo Morillas Cueva (Madrid: Dykinso, 2021), 1598 y ss.
- ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001).
- OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, (Berlín: De Gruyter, 2004), § 4, n.º 2-21.
- PASTRANA SÁNCHEZ, María Alejandra, *La nueva configuración de los delitos de terrorismo* (Madrid: Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado, 2020).
- PORCIÚNCULA, José Carlos, *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»* (Barcelona: Atelier, 2014).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo «La construcción del bien jurídico protegido a partir de la Constitución», en *Derecho Penal Constitucional*, dirigido por Gonzalo Quintero Olivares (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 116-117.
- REYES ALVARADO, Yesid, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Revista General de Derecho Penal*, n.º 11 (2009).
- *El delito de tentativa*, (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2015).
- *Imputación objetiva* (Bogotá: Temis, 2005).
- *Imputación objetiva*, (Bogotá: Temis, 1996).
- ROXIN, Claus y GRECO, Luis, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (Múnich: C.H. BECK: 2020).
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios* (Madrid: Marcial Pons, 2012).

- *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2008).
- SEILER, Stefan, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Viena: Facultas, 2011) §2 n.º 64; BerndHeinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Stuttgart: Kohlhammer, 2016).
- *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (Viena: Facultas, 2011).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximación al Derecho penal* (Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2012), 670-679.
- STEININGER, Einhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen – Das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt* (Viena: Linde Verlag Ges.m.b.H., 2019).
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen – Das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt*, (Viena: Linde Verlag Ges. m.b.H, 2019).
- TOBOSO BUEZO, Mario, *Lobos de occidente. El terrorismo individual como elemento emergente y evolución tácita del al-qa`ida* (Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2014), 89-100.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, «Delitos contra el orden público (II)» en *Curso de Derecho penal. Parte especial*, en Alfonso Serrano Gómez, *et. al.* (Dykinson, Madrid 2021), 936 y ss.
- «Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial», en *Curso de Derecho penal*, Alfonso Serrano Gómez, *et. al.*, *Parte especial* (Dykinson: Madrid, 2021).
- VELASCO NUÑEZ, Eloy, «Tipos delictivos (Parte tercera)», en *Delincuencia Informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Velasco Nuñez, Eloy y Sanchis, Crespo Carolina (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 239 y ss.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Estructura básica del Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar, 2011).