

Miembros y colaboradores de organizaciones criminales —en especial, terroristas—: ¿Quién es qué y quién no es?

Sumario

La lucha contra el crimen organizado constituye, actualmente, una meta primordial en la mayoría de los ordenamientos jurídico-penales de las sociedades democráticas, de modo que existe una inflación legislativa, tanto cualitativa como cuantitativa, con merma, principalmente, del mandato de determinación, por un lado, y del principio de proporcionalidad, por el otro. En consecuencia, un estudio del fundamento y de los límites de la tipificación de los delitos relacionados con la criminalidad organizada, tanto de lege lata como de lege ferenda, se torna esencial. Así, en este trabajo se distinguen dos niveles en la determinación de la relevancia jurídico-penal de la criminalidad organizada. El primero se centra en establecer qué es una asociación criminal, esto es, qué características tornan una agrupación de personas en una banda delictiva, cuyo castigo pueda reputarse legítimo. El segundo, en cambio, se dirige a determinar la responsabilidad individual de quienes contactan con tales estructuras delictivas, es decir, qué relación orgánica con aquellas ha de desvalorarse jurídico-penalmente y con qué fundamento. El estudio de este nivel, precisamente, constituye la parte principal del presente estudio, el cual se dirige a definir y delimitar a los miembros y a los colaboradores externos de una agrupación criminal, en especial terrorista, así como a limitar el alcance de estos delitos.

Abstract

The fight against organized crime is currently a primary goal in most of the legal-criminal systems governed by the rule of law, so that there is a legislative inflation, both qualitative and quantitative, mainly detrimental to the legal certainty, on the one hand, and the proportionality principle, on the other. Consequently, a study of the legitimacy and limits of the crimes related to organized crime, both de lege lata and de lege ferenda, becomes essential. Thus, in this paper two levels are distinguished in determining the legal-criminal relevance of organized crime. The first focuses on establishing what a criminal association is, that is, which characteristics become a group of people into a (legitimate) criminal organization. The second, on the other hand, is aimed at determining the individual responsibility of those who contact such criminal structures, that is, what organic relationship with them must be legally and criminally devalued and on what basis. The study of this level, precisely, constitutes the main part, which pretends to define and delimit the members and external collaborators of a criminal group, especially a terrorist one, as well as to limit the scope of these crimes.

Abstract

Der Kampf gegen die organisierte Kriminalität ist derzeit ein oberstes Ziel in den meisten Strafrechtssystemen demokratischer Gesellschaften, so dass es zu einer qualitativen und quantitativen Inflation der Gesetzgebung kommt, wobei vor allem das Bestimmungsgebot einerseits und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit andererseits beeinträchtigt werden. Folglich wird eine Untersuchung der Grundlagen und Grenzen der Kriminalisierung von Straftaten im Zusammenhang mit der organisierten Kriminalität, sowohl lege lata als auch lege ferenda, wesentlich. Der vorliegende Beitrag unterscheidet daher bei der

Bestimmung der rechtlich-kriminellen Relevanz des organisierten Verbrechens zwei Ebenen. Die erste konzentriert sich auf die Feststellung dessen, was eine kriminelle Vereinigung ist, d.h. welche Merkmale eine Gruppe von Menschen zu einer kriminellen Vereinigung machen, deren Bestrafung als legitim angesehen werden kann. Bei der zweiten Ebene hingegen geht es darum, die individuelle Verantwortung derjenigen zu bestimmen, die mit solchen kriminellen Strukturen in Berührung kommen, d.h. welches organische Verhältnis zu den Vereinigungen strafrechtlich missbilligt werden soll. Gerade die Untersuchung dieser zweiten Ebene stellt den Kern der vorliegenden Untersuchung dar, die bezweckt, die Mitglieder und externen Kollaborateure eines kriminellen Vereins, insbesondere eines terroristischen Vereins, zu definieren und abzugrenzen sowie das Ausmaß dieser Verbrechen einzugrenzen.

Title: *Members and external collaborators of criminal organizations -especially, a terrorist one-: who is what and who is not?*

Titel: *Mitglieder und externe Unterstützer terroristischer Vereinigungen: Wer ist was und wer ist es nicht?*

-

Palabras clave: *criminalidad organizada, pertenencia, actos de colaboración, terrorismo*

Keywords: *organized crime, membership, collaboration acts, terrorism*

Stichworte: *Organisierte Kriminalität, Mitgliedschaft, Kollaborationshandlungen, Terrorismus*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i4.05

-

4.2020

Recepción

24/02/2020

-

Aceptación

18/06/2020

-

Índice

-

1. Introducción y objeto de estudio

2. ¿Qué es la criminalidad organizada? Parámetros de valoración

2.1. ¿Puede hablarse de crimen organizado sin estabilidad?

2.2. ¿Puede hablarse de crimen organizado sin gravedad?

3. Relaciones orgánicas: miembros y colaboradores

3.1. Algunas consideraciones en torno al terrorismo

3.2. Fundamento o modelos de atribución de responsabilidad: “modelo de la transferencia” vs. “modelo de la responsabilidad por el hecho propio”

3.3. La diferencia entre pertenecer y colaborar

a. La asunción de un rol estable

b. Elementos a través de los que constatar la existencia de un rol estable

4. Límites de lege ferenda y de lege lata

4.1. Límites con base en la relevancia *en abstracto* de la aportación material

4.2. La colaboración (y la pertenencia) ideológicas: supuestos de atipicidad

a. La colaboración ideológica o política

b. Excurso. Una concreta modalidad de colaboración psíquica

4.3. Límites con base en la relevancia *en concreto* de la aportación material: *iter criminis* y voluntad

a. ¿Cuándo se consuman los actos de colaboración? Delitos de mera actividad vs. de resultado (de peligro)

b. Comienzo de la tentativa de colaboración y su ¿punición? así como la de los actos preparatorios

c. Manifestaciones de voluntad: puesta a disposición de una organización terrorista

5. Relaciones concursales

6. Conclusiones

7. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción y objeto de estudio*

Si se observa la realidad de los operadores jurídicos puede constatarse que algunos tipos penales “se ponen de moda” a la hora de *redondear* la calificación de determinados hechos. El terrorismo,¹ los delitos de odio² y, en lo que aquí interesa, la criminalidad organizada³ constituyen un buen ejemplo de ello. Además, en España, el castigo de los miembros y los colaboradores de una organización o grupo terrorista es una figura que, tanto en los años de mayor actividad de ETA, como, en la actualidad, en relación, básicamente, al terrorismo de corte *yihadista*, se han erigido como protagonistas en la práctica de los tribunales a la hora de luchar contra dicho fenómeno.⁴ Por último, a nivel internacional la lucha contra el crimen organizado constituye una meta primordial,⁵ lo que ha hecho eco en la legislación española en forma de inflación penal, tanto

* Autora de contacto: Mariona Llobet Angl, mariona.llobet@upf.edu.

¹ Piénsese en la imputación inicial por terrorismo en el conocido “caso Altsasu” -aunque finalmente no se condenó con base en las figuras terroristas, sino en las comunes de lesiones y atentado (cfr. SAN de 1 de junio de 2018, confirmada, en este aspecto, por la posterior SAN 2/2019, ponente Navarro Mirando, y por la STS 458/2019, ponente Magro Servet, aunque rebajando notablemente las penas)-.

² Véase la Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP. Asimismo, son más que ilustrativas las siguientes palabras contenidas en la Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado del año 2018: “Si en la Memoria del año pasado comenzábamos haciendo referencia a un incremento de los denominados delitos de odio, (...), ahora podemos decir que *no hay un día en que los medios de comunicación no relaten hechos que, con mayor o menor fortuna, entienden ser delitos de odio*. A este debate se suman los comentarios de *diversas sentencias, unas absolutorias, la mayoría condenatorias*, en las que se trata de delimitar hasta dónde llega la libertad de expresión y dónde comienza el ataque delictivo hacia los derechos de los demás” (Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado, Madrid, 2018, p. 811, cursiva añadida).

³ Piénsese en el escrito de conclusiones definitivas de Vox imputando el delito de pertenencia a organización criminal en la Causa especial, Recurso n.º 003 / 0020907/2017 (“Caso del *Proces*”) -disponible en: <https://internationaltrialwatch.org/wp-content/uploads/2018/12/Escrito-acusacion-Vox.pdf>; última fecha de visita 7-10-2019-. No obstante, el TS (Sentencia 459/2019, ponente Marchena Gómez) absuelve por este delito.

⁴ Ya en la década de los años 80 del siglo pasado, MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, p. 195, ponía de relieve que este precepto era uno de los más aplicados por la Audiencia Nacional. Más recientemente, el antiguo Juez de Instrucción de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, en la conferencia *Prosecuting Terrorism: America's Challenge Then & Now* presentada en el Centro de Derecho y Seguridad de la New York University el 10 de octubre de 2007 (cfr. el siguiente enlace: <http://www.lawandsecurity.org/events/prosecutingterrorism.cfm>; última fecha de visita 13-10-2008), afirmó que, en España, el 70% de las condenas relacionadas con el terrorismo eran por pertenencia y colaboración con banda armada. Finalmente, en la actualidad, y en el ámbito del terrorismo *yihadista*, cfr. el estudio titulado «*Yihadismo y yihadistas en España. Quince años después del 11-M*», elaborado por REINARES/GARCÍA-CALVO/VICENTE, Real Instituto Elcano, 2019 (disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/7c5ffe5f-3455-4d99-b5ee-bf24da041511/yihadismo-yihadistas-espana-quince-anos-despues-11-M.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7c5ffe5f-3455-4d99-b5ee-bf24da041511>; última fecha de visita 7-10-2019). Es especialmente llamativa la tabla 3.11 (p. 137), en la que aparecen las principales tareas ejecutadas por terroristas *yihadistas* condenados (o muertos) dentro de la organización -las cuales son, básicamente, actos genéricos de integración y colaboración-. Y, asimismo, las pp. 139 ss., que sólo citan dos casos en los que se haya consumado un atentado *yihadista* dentro de nuestras fronteras desde 2004 (el 11-M y los atentados del 17 de agosto de 2017 en Cambrils y Barcelona).

⁵ Basta citar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, adoptada en 2000. En el ámbito de la UE, cfr. JAIME-JIMÉNEZ/CASTRO MORAL, «La criminalidad organizada en la Unión Europea», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (91), 2010, pp. 173 ss.

cualitativa como cuantitativa,⁶ esto es, tanto en relación con las conductas castigadas, con merma del mandato de determinación, como de las penas adscritas, en perjuicio del principio de proporcionalidad. Es por ello por lo que un estudio del fundamento y de los límites de la tipificación de los delitos relacionados con la criminalidad organizada, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*, se torna esencial.

Antes de abordar esta cuestión, no obstante, corresponde distinguir dos niveles en la determinación de la relevancia jurídico-penal de la criminalidad organizada. En primer lugar, se tiene que decidir qué es una asociación criminal, esto es, qué características tornan una agrupación de personas en una banda delictiva. Así, en relación con esta cuestión existen dos parámetros o elementos a valorar: el estructural y el teleológico.⁷ A su vez, por un lado, respecto al elemento estructural, se precisan tres decisiones: 1) cuántas personas son necesarias para conformar una organización; 2) qué relación ha de existir entre sus miembros, básicamente, horizontal o vertical; y 3) cómo de estable o perdurable en el tiempo tiene que ser. Por el otro lado, en relación con el elemento teleológico, hay que determinar la clase de delitos cuya comisión (por más o menos personas, con más o menos jerarquía, y durante más o menos tiempo) se deben perseguir. En otras palabras, tales infracciones ¿han de ser graves, o también caben las menos graves e, incluso, las leves? Obsérvese, pues, que en función de estas decisiones existirá una legislación penal más o menos expansiva en relación con la criminalidad organizada. Por ejemplo, en España, la regulación de las organizaciones y los grupos criminales prevista en los arts. 570 bis y 570 ter CP, respectivamente, es muy expansiva, dado que a partir de la existencia de tres personas no se requiere ni estabilidad ni jerarquía (en concreto, en el grupo criminal) ni la comisión de delitos graves (en ningún caso).⁸

En segundo lugar, el posterior nivel de análisis consiste en la determinación de la responsabilidad individual de quienes contactan con tales estructuras reputadas delictivas, es decir, qué relación orgánica con aquellas ha de desvalorarse jurídico-penalmente: ¿la permanente, la esporádica, la logística, la ideológica, la intentada, la consumada, etc.? El estudio de este nivel, precisamente, constituye la parte principal de este trabajo, el cual se dirige a definir y deslindar a los miembros y a los colaboradores externos de una agrupación criminal. Ahora bien, antes de abordarlo

⁶ Cfr. las últimas tres reformas en materia de criminalidad organizada y terrorismo, ampliando, en lo que aquí interesa, las conductas de *colaboración con organización o grupo terrorista* sobre la base de compromisos internacionales: 1) el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pone de relieve que, en materia de terrorismo, se incorporan algunas novedades que dan cumplimiento a las obligaciones legislativas derivadas de la Decisión marco 2008/919/JAI (XXIX); 2) del mismo modo, el Preámbulo de la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal en materia de delitos de terrorismo, cita, como pilar básico de la reforma operada, la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014; 3) y, por último, solo basta leer el título de la LO 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.

⁷ Sobre ello, cfr. la STS de 14 de diciembre 1993, pionera en esta cuestión.

⁸ Sobre los arts. 570 bis y 570 ter CP, cfr. FARALDO CABANA, «Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas», *Revista de Estudios de la Justicia*, (19), 2013, pp. 17 ss.; LA MISMA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, 2012, pp. 19 ss.; CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN/BESIO HERNÁNDEZ, «De las organizaciones y grupos criminales», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, pp. 1.113 ss.; GARCÍA DEL BLANCO, «Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, 2010, pp. 553 ss.

quisiera hacer unas breves críticas y consideraciones, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*, en relación con algunas cuestiones del primero de los niveles expuestos. Además, también hay que establecer las relaciones concursales entre los tipos organizativos y los delitos que constituyen el fin de la asociación criminal, lo que se abordará en un momento posterior.

2. ¿Qué es la criminalidad organizada? Parámetros de valoración

Como acaba de indicarse, dos son los elementos de configuración jurídico-penal del crimen organizado, el estructural y el teleológico, y cuatro sus concreciones: en relación con el primero, el número de personas, la relación entre ellas y su estabilidad; y, respecto al segundo, la gravedad de los delitos que se persigan cometer. Así las cosas, la realidad pone de relieve que las dos decisiones con mayor trascendencia práctica, tanto en el nivel de creación legal como en el de la práctica judicial de estas figuras, son, por un lado, la determinación de cuánta permanencia va a exigirse a tales estructuras y, por el otro, la gravedad de los delitos perseguidos.

2.1. ¿Puede hablarse de crimen organizado sin estabilidad?

Comenzando por la primera cuestión -la de la estabilidad, perdurabilidad en el tiempo o reiteración delictiva-, tanto a nivel legal, como judicial, como social, se observa que este elemento se está disolviendo cada vez más y más, de modo que es difícil trazar la frontera entre la criminalidad organizada y la codeincuencia en cualquier fase del *iter criminis*: de planificación de un hecho, ejecutiva o consumada. Ejemplificado con algunos casos de ficción: la banda de ladrones retratada en el film *Ocean's eleven*,⁹ cuyo (único) plan consiste en robar simultáneamente los casinos *Bellagio*, *Mirage* y *MGM Grand*, ¿podría calificarse jurídico-penalmente como criminalidad organizada? O, en la serie del momento, *La casa de papel*,¹⁰ ¿son sus protagonistas miembros de una asociación, organización o grupo criminal desde el momento en que comienzan a preparar el (único) golpe en la fábrica nacional de moneda y timbre? Mucho me temo que la respuesta a estos interrogantes sería afirmativa por parte de no pocos operadores jurídicos, convirtiéndose, de este modo, toda conspiración y toda coautoría (a partir de tres personas) en criminalidad organizada.¹¹ Y, ello conllevaría, de entrada, dos consecuencias de

⁹ Cinta dirigida por Steven Soderbergh, en 2001.

¹⁰ Primera y segunda temporada de la serie creada por Álex Pina, en 2017.

¹¹ Aunque cabe indicar que la Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado (FGE), sobre la reforma del Código Penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, establece lo siguiente: “la conspiración es un comportamiento aislado y determinado en el tiempo, una unión de personas que se agota en la comisión de un único y concreto delito, mientras que la organización criminal requiere un acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un plan delictivo que traspase los límites de la concreta realización futura de un determinado ilícito o ilícitos criminales”. Y, en la jurisprudencia, se exige, por lo general, cierta estabilidad (véase *infra* nota 23). No obstante, es importante destacar que alguna resolución exige que entre la planificación del hecho y su ejecución concorra inmediatez, lo que no ocurre, precisamente, en los ejemplos propuestos, cuya preparación se extiende en el tiempo (cfr. la STS 216/2018, ponente Magro Servet, que afirma que en los grupos criminales no se trata de “una unión fortuita para la comisión *inmediata* de un solo delito” -cursiva añadida-; o, también, STS 372/2018, ponente Ferrer García, con base en el art. 2 c) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: por “grupo estructurado”, se entenderá un “grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”).

gran calado en términos de coherencia interna de nuestro Código penal: la primera, en relación con la fase de planificación, el sistema de *numerus clausus* que caracteriza la incriminación de los actos preparatorios se convertiría en *numerus apertus*¹² y, además, sin mantener la proporcionalidad penológica en relación con el delito consumado (pena inferior en uno o dos grados); y, la segunda, respecto a las fases de ejecución y consumación, las figuras que tipifican la criminalidad organizada serían una suerte de agravante prevista en la parte especial de cualquier delito ejecutado en coautoría -a partir de tres intervinientes-, dado que, como se indicará, estos tipos, en la práctica, se aplican junto a los delitos-fin cometidos por la organización o el grupo.

Establecido lo anterior, pues, de *lege ferenda* es preferible que aquello que caracterice a la criminalidad organizada en cualquiera de sus formas, esto es, con más o menos jerarquía, sea su estabilidad en el tiempo. Sin (cierta) permanencia temporal para la reiteración de delitos no hay crimen organizado. La mafia, los cárteles de drogas, las organizaciones terroristas, los traficantes de personas, etc., es decir, la criminalidad organizada por excelencia, *llegan para quedarse* (al menos un cierto tiempo) y, en consecuencia, *para reincidir*. Por tanto, la planificación de un único golpe, incluso con distintas víctimas (piénsese en *Ocean's eleven*), y aunque para su consumación se ejecuten otros hechos delictivos (delitos-medio; piénsese en *La casa de papel*) no comporta caracterizar a ese grupo de codelincentes en crimen organizado.¹³ Y, ello, aunque la planificación de ese golpe aislado por parte de diversos sujetos, coordinados y con reparto de funciones, se alargue en el tiempo meses, o, incluso, años (como en *La venganza del Conde de Montecristo*¹⁴), a excepción, claro, de que para ejecutar ese delito dicha agrupación cometa *sistemáticamente* otras infracciones: por ejemplo, para realizar un secuestro (único delito-fin del grupo) deba financiarse mediante la comisión reiterada de infracciones contra el patrimonio -de modo que a su razón de ser originaria, consistente en la comisión de un hecho, se agregue la continuidad delictiva en relación a otra u otras figuras¹⁵-.

¹² De la misma opinión, FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, 2012, p. 116.

¹³ Como ya se ha apuntado, teóricamente, podría suceder que, para alcanzar su fin último, una agrupación de personas coordinada y estructurada planease otros delitos (delitos-medio) para conseguir perpetrar aquel delito-fin (por ejemplo, para cometer un robo por parte de varios sujetos se realizase, previamente, la sustracción de un vehículo que serviría para escapar del lugar de los hechos). O, que algunos delitos fueran una consecuencia sobrevenida del que constituyese el fin de la conspiración (por ejemplo, que una banda de ladrones que se dirigiese a cometer el único robo planeado se saltase un control de alcoholemia o desobedeciera una señal de stop de un agente; o que para escapar del banco secuestrase a un rehén). Sin embargo, la comisión de tales hechos, planeados o sobrevenidos, no convertiría a tales coautores en una organización criminal por el mero hecho de sumar las distintas conductas delictivas y constatar una pluralidad de hechos punibles. Es más, hay delitos complejos en los que, precisamente, los elementos típicos comportan la comisión de más de una infracción: robos con violencia o intimidación, por ejemplo. Para ello, como se verá, hay que constatar una *planificación institucionalizada* -en contra de un plan único cuyo radio de acción pueda expandirse-.

¹⁴ Aunque, ciertamente, en la historia creada por Alexandre Dumas en 1844, Edmundo Dantès, su protagonista, planificó su venganza por más de una década a título individual.

¹⁵ Por tanto, o bien la organización se crea ya para cometer delitos de forma reiterada, o bien, sobrevenidamente, desemboca en esa tesitura. Ahora bien, en el ejemplo propuesto, serían los delitos contra el patrimonio los que determinarían la pena a imponer, no el delito de secuestro. Recuérdese que el Código penal español distingue la pena a imponer en función de la gravedad de los delitos perseguidos. Respecto al secuestro, concurriría la figura de la conspiración, y, entre ambas infracciones existiría una relación de concurso real.

En definitiva, jurídico-penalmente hay que distinguir entre *criminalidad organizada* y *comisión organizada de un delito (codelinuencia)*¹⁶ -aunque, por ello, sea legítimo agravar la pena-. Es decir, en la asociación u organización criminal no se castiga la planificación y/o ejecución concertada de un único delito en grupo, aunque este, por la dificultad del fin a alcanzar, pudiera llegar a tener cierta estabilidad y reparto de tareas.¹⁷ Por supuesto, entre ambas realidades son imaginables distintas posibilidades en función de la existencia de más o menos delitos-medio. Sin embargo, dado que las organizaciones criminales son estados institucionales de cosas favorecedores de los delitos concretos cometidos luego en su marco,¹⁸ como se analizará con mayor detalle, la sistematización o institucionalización de infracciones (de igual o distinta naturaleza) es la clave para subsumir esa agrupación dentro del crimen organizado. Y ello tiene dos implicaciones de gran calado:

En primer lugar, no es suficiente la constatación de una estructura coordinada, plural y estable para la existencia de una organización criminal a menos de que el fin último sea la comisión de delitos. Es decir, de organizaciones hay de muchas clases (incluso de vecinos), pero lo que convierte a estas en criminales es el motivo por el que deciden concertarse. Por tanto, en la agrupación de personas que constituye la base de la organización ha de concurrir un elemento subjetivo del injusto específico, esto es, la consciencia y voluntad de orientar dicha organización a la comisión reiterada de infracciones. Y, en segundo lugar, en relación con lo anterior, la finalidad delictiva ha de guiar el nacimiento y la propia existencia de la estructura organizativa, pero no lo contrario, esto es, un colectivo previamente existente no se convierta en criminal por ser simplemente acusado de la comisión de uno o, incluso, varios delitos conexos con aquél. En este sentido, el Preámbulo de la LO 5/2010 establece que las organizaciones criminales son “agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva”. Piénsese que la tesis contraria convertiría automáticamente en “organización criminal” la comisión de cualquier delito, con diversos participantes, realizados en entornos previamente estructurados, como una empresa, una asociación, un partido político o una Administración Pública. La simple comisión en su seno de alguno de estos delitos no convierte tales entes en estructuras criminales; especialmente, cuando falta la consciencia y la voluntad de su comisión al creer que la conducta en cuestión está amparada en derechos fundamentales. En concreto, estoy pensando en la imputación realizada por Vox en el “caso del Procés”, la cual no fue aceptada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, así como la imputación realizada por la fiscalía de la Audiencia Nacional de “pertenencia a organización criminal para la comisión de delitos de enaltecimiento del terrorismo” a doce militantes de Causa Galiza y Ceibar.¹⁹

¹⁶ En este sentido, FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, 2012, p. 112 ss., configura el grupo criminal como una “figura intermedia entre la codelinuencia y la organización criminal”.

¹⁷ Precisamente, la coautoría (art. 28 CP) se caracteriza por la ejecución conjunta y el mutuo acuerdo (MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 403). Por su parte, la conspiración consiste en la planificación para una ejecución concertada (art. 16 CP).

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, «¿‘Pertenencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertenencia a una organización criminal’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (COORDS.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.077.

¹⁹ Cfr. <https://www.europapress.es/galicia/noticia-fiscalia-pide-disolver-causa-galiza-ceivar-12-anos-carcel-doce-miembros-enaltecer-terrorismo-20191111184244.html>

Por su parte, de *lege lata*, en España, según el art. 570 ter.1 CP, “se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”. Por tanto, a diferencia de la organización criminal, no es necesario el “carácter estable o por tiempo indefinido” que singulariza a aquella. Además, cuando se determina la pena a imponer, primero, sólo se exige que la perpetración sea *reiterada* en relación con los delitos leves (apartado 1.c); y, segundo, el apartado 1.a se conforma para aplicar la pena prevista con que se persiga la comisión de *un delito*.²⁰ Ahora bien, esta solución no es de recibo, puesto que imposibilita la distinción entre el grupo criminal y la codelincuencia común.²¹ Como indica el preámbulo de la LO 5/2010, en el ámbito del grupo criminal ha de concurrir un plus de peligrosidad respecto a la delincuencia común, y puntualiza que con la incorporación del grupo en el Código penal se pretende responder a los supuestos de asociaciones criminales de carácter transitorio. En consecuencia, la planificación de un único hecho delictivo no puede subsumirse en la figura del grupo criminal, aunque literalmente sea posible, ni, por supuesto, en el de la organización.²² Además, esta es la postura mayoritaria de la jurisprudencia en relación, también, con el grupo criminal,²³ así como de la Fiscalía General del Estado.²⁴ En definitiva, es precisa una interpretación sistemática y teleológica que restrinja el alcance del tipo.

2.2. ¿Puede hablarse de crimen organizado sin gravedad?

En segundo lugar, la tendencia legislativa expansiva del crimen organizado no sólo se limita a ensanchar el elemento estructural de las figuras asociativas, mediante la relajación de los requisitos de la jerarquía personal y de la permanencia temporal. Por el contrario, también se ha ampliado el elemento teleológico dado que la comisión de cualquier delito puede dar lugar a la existencia de criminalidad organizada, siendo su gravedad únicamente relevante a efectos de

²⁰ Sobre ello, cfr. GARCÍA DEL BLANCO, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, 2010, p. 567; FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, 2012, p. 115.

²¹ De la misma opinión, FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, 2012, pp. 114 ss.; GARCÍA RIVAS/LAMARCA PÉREZ, «Organizaciones y grupos criminales», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*, 2010, p. 511.

²² Para distinguir la organización criminal de un mero delito singular organizado, el tipo de esta figura delictiva requiere, además de una pluralidad subjetiva, dos notas delimitadoras: el carácter estable o por tiempo indefinido de su actividad y la coordinación entre sus miembros mediante un reparto de roles. Por tanto, es esencial la nota de permanencia y estabilidad en el concepto de organización, de modo que la unión no ha de ser esporádica.

²³ Entre muchas otras, SSTS 636/2016, ponente Conde-Pumpido Tourón, o 686/2018, ponente Sánchez Melgar. Además, véase, también, la jurisprudencia sentada en relación con la derogada -por LO 5/2010- agravante de ‘organización o asociación de carácter transitorio’ prevista en el anterior art. 369.1.2ª CP, en materia de tráfico de drogas. A saber, se exigía la concurrencia de una serie de requisitos que habían permitido delimitar estos casos de los supuestos de simple codelincuencia, coparticipación o consorcio ocasional para la comisión del delito (por ejemplo: STS de 16 de julio de 2001). Véase, también, lo dicho *supra* nota 11.

²⁴ Cfr. la Circular FGE 2/2011, cuando afirma que uno de los criterios que permite diferenciar la existencia de una organización o grupo criminal frente a los supuestos de codelincuencia o ejecución del delito o delitos por una pluralidad de personas es: “el acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un proyecto o plan delictivo, con anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados y dotado de cierta continuidad temporal o durabilidad, que supera la simple u ocasional consorciabilidad para el delito”.

pena.²⁵ Como se ha indicado, en España, como más grave sea el delito-fin de la organización o del grupo, mayor es la pena prevista, pero ello no conlleva dejar al margen del Derecho penal la comisión de delitos leves (antiguas faltas).

A la hora de determinar cuál es la dañosidad u ofensividad del crimen organizado existen dos grandes propuestas.²⁶ Por un lado, aquella que contempla las asociaciones delictivas como infracciones que lesionan un bien jurídico supraindividual, a saber, el orden público, la paz pública o la seguridad general -aunque existen muchas otras formulaciones intercambiables²⁷ y dejando de lado el tradicional derecho de asociación como objeto de tutela²⁸-. Por el otro, aquella que concibe las organizaciones criminales como estructuras que favorecen y potencian la comisión de los delitos que constituyen su fin. Desde esta perspectiva, pues, dichas figuras se conectan con aquellas infracciones respecto a las que constituyen un avance de las barreras de punición.²⁹ Pues bien, así las cosas, cualquiera de ambas perspectivas implica, de *lege ferenda*, límites a la punición del crimen organizado,³⁰ puesto que se vincula con el controvertido “Derecho penal del enemigo”.³¹

²⁵ En España, pero no sólo. También en Italia (art. 416 CP); en Portugal (art. 299.º CP); y en Chile (art. 293 CP), por citar algunos países de nuestro entorno jurídico. En cambio, en Alemania, el § 129 StGB aprehende en su tipo básico sólo la comisión de delitos cuya pena máxima sea, al menos, de dos años de prisión; y, en Reino Unido, la *Serious Crime Act 2015, PART 3, Section 45*, sólo criminaliza las organizaciones que persigan obtener cualquier ganancia o beneficio.

²⁶ Cfr. el estado de la cuestión realizado por FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, 2012, pp. 201 ss.

²⁷ Concretando este punto de vista, JAKOBS, «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico», en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 314, 317-318, propone un nuevo camino para la definición de la “paz jurídica”. El autor de Bonn legitima la tipificación de las organizaciones criminales puesto que su existencia infringe normas de flaqueo cuya finalidad es garantizar los presupuestos cognitivos de la vigencia de las normas principales –en otras palabras, se trata de hechos que menoscaban cognitivamente la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento-. De este modo, pues, tal perspectiva no anticipa la protección de bienes jurídicos personales, pero sí, no obstante, el objeto de protección (véase, también, CANCIO MELIÁ, «El injusto de los delitos de organización», *RGDP*, (8), 2007, p. 18). Por su parte, transita la vía del injusto colectivo desde esta perspectiva PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, 2005, p. 66, quien opina que tales estructuras afectan a la seguridad normativa de la sociedad

²⁸ Para mayor detalle véase CANCIO MELIÁ, *RGDP*, (8), 2007, p. 10; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, 1977, pp. 129 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.076; FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, 2012, pp. 201 ss.; y, recientemente, BOCANEGRA MÁRQUEZ, *Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, 2020, pp. 30 ss.

²⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.076.

³⁰ Dado que, sea como fuere, se avanza las barreras de protección penal. En palabras de JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 313, el adelantamiento de las barreras de punición puede tener dos fundamentos distintos: o bien el comportamiento delictivo se puede anticipar a la lesión de un bien jurídico (individual), o bien lo que puede avanzarse es la propia lesión de un bien jurídico (colectivo o supra-individual).

³¹ Cfr. JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 293 ss., 298, 299; EL MISMO, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., 2006, pp. 21 ss.

Por un lado, sobre la protección de bienes jurídicos colectivos, habría que criminalizar, solamente, las estructuras que persiguieran delitos lo suficientemente graves, cuya existencia mermase la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico o afectase la paz general o pública. Por tanto, incluso siendo parámetros de contornos difusos, hay supuestos que claramente, deberían caer extramuros del Derecho penal. Así, por ejemplo, un grupo de tres personas, que se dedica a cometer hurtos leves (de menos de 400 euros, por tanto) no produce un efecto de desorientación social o de inseguridad jurídica, ni objetiva ni subjetiva, relevantes para el Derecho penal. Y, lo mismo podría decirse de muchos otros delitos: propiedad intelectual e industrial, estafas, tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud, etc.

Por el otro lado, desde la segunda perspectiva, precisamente, en un sistema de *numerus clausus* en la incriminación de los actos preparatorios punibles, el límite mínimo de punición de la criminalidad organizada lo deberían constituir las figuras delictivas cuya conspiración, proposición y provocación está prevista.³² Es decir, en relación con el *iter criminis*, es ilógico castigar más lo que está más alejado de la efectiva lesión de un bien jurídico que lo que lo está menos, siguiendo la lógica del principio de subsidiariedad en relación con el concurso de normas.

3. Relaciones orgánicas: miembros y colaboradores

Hechas tales consideraciones en relación con el primer nivel de relevancia penal del crimen organizado, en este apartado (y en el siguiente) se afrontará la cuestión principal de este trabajo. Como se ha indicado, el presente estudio se centra en el análisis de la legitimación y los límites de la punición tanto de la pertenencia como de los actos de colaboración material e ideológicos con una organización criminal, con base en los principios, garantías y criterios de imputación de un Derecho penal liberal. Así, sus conclusiones tienen la finalidad de servir como parámetros tanto de *lege lata*, como de *lege ferenda*, en la creación e interpretación de tales tipos. Además, debe tenerse en cuenta que, desde una perspectiva de eficacia instrumental, se ha puesto de relieve que el castigo demasiado severo de los actos periféricos es contraproducente en el ámbito de la criminalidad organizada de carácter ideológico, especialmente terrorista, esto es, que la dureza de la reacción punitiva y el aumento de adhesiones al terrorismo son variables perfectamente proporcionales.³³ Precisamente, en relación con esta cuestión, conviene sentar unas premisas en relación con dicho fenómeno.

3.1. Algunas consideraciones en torno al terrorismo

La realidad demuestra que, en el terrorismo, a diferencia de lo que ocurre en otras tipologías de delincuencia organizada, son esenciales para el mantenimiento de la banda armada y para la perpetración de delitos desde ella otras conductas de colaboración con sus actividades y

³² Y, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no se encuentran tipificados los actos preparatorios, el principio de fragmentariedad obligaría, de todas formas, a no castigar cualquier organización o grupo criminal con independencia de la gravedad de los delitos perseguidos (cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 129).

³³ Cfr. BECK, *Sobre el terrorismo y la Guerra*, 2003, pp. 10-11; REINARES NESTARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, 1998, p. 166; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, 2006, p. 23; CANCIO MELIÁ, «Algunas consideraciones preliminares sobre los delitos de terrorismo», en FARALDO CABANA (dir.), PUENTE ABA/SOUTO GARCÍA (coords.), *Derecho Penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, 2007, p. 166.

finalidades. Al ser éste un fenómeno de marcado componente ideológico,³⁴ existen muchas personas que, sin pertenecer a la propia organización, le prestan su apoyo de distintos modos; ayuda sin la cual sería muy difícil, si no imposible, poder llevar a cabo sus actividades de una manera tan eficaz. Así, dichos colaboradores son sujetos que, pese a no ejecutar los delitos y no ostentar un rol estable en el organigrama de la banda armada, de modo que no pueden ser considerados *miembros*,³⁵ ponen a su servicio medios materiales y logísticos³⁶, o aportan respaldo moral, ideológico o político a tales grupos. Debido a la importancia de los bienes jurídicos atacados por el fenómeno terrorista y a que tales actos son muy frecuentes en la práctica, la finalidad de dicha figura es evitar cualquier forma de apoyo material y logístico a una banda armada terrorista, y, de este modo, aminorar la potencialidad lesiva de sus actividades.³⁷

En consecuencia, una de las principales metas de la legislación antiterrorista es ahogar cualquier forma de colaboración que pueda prestarse a las actividades o finalidades de las bandas armadas, es decir, se pretende reducir al máximo su capacidad tanto logística como anímica e ideológica. De este modo, el ámbito de lo punible se ve ampliado desde una doble perspectiva: por un lado, se adelantan las barreras de punición, mediante tipos autónomos que castigan la aportación de medios y fondos puntuales a dichas organizaciones; y, por el otro, el Derecho penal se extiende hacia “los amigos de los enemigos”, es decir, hacia los sujetos y entramados que comparten los medios y los fines terroristas,³⁸ mediante, básicamente, las figuras de colaboración ideológica y de apología del terrorismo. Por ello, los actos de cooperación material con una organización suelen detallarse en el ámbito del terrorismo,³⁹ y suelen consistir en la información, vigilancia,

³⁴ Cfr. DE LA CORTE IBÁÑEZ/DE MIGUEL CALVO, «Aproximación psicosocial al análisis de los movimientos terroristas», en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, 2008, p. 353.

³⁵ Concepto que, como se verá, no se describe en el Código penal. Simplemente se dice que se castigará a quienes participaren activamente en una organización o grupo criminal u organización o grupo terrorista o formaren parte de ellos (arts. 570 bis.1 y 572.2) y a quienes integrasen un grupo criminal (art. 570 ter.1).

³⁶ Cfr. LAQUEUR, *Una historia del terrorismo*, 2003, pp. 131, 151.

³⁷ Cfr. CANCIO MELIÁ, «Los límites de una regulación maximalista», en CUERDA RIEZU/JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, 2009, p. 78.

³⁸ Cfr. ASÚA BATARRITA, «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. I, 2006, pp. 251, 255, texto y n. 50.

³⁹ Por ejemplo, ni en Italia, en relación con las organizaciones mafiosas, existe una tipificación expresa de los actos de colaboración en relación con esta tipología de crimen organizado históricamente tan grave dentro de sus fronteras. El conocido como *concorso esterno in associazione di tipo mafioso* es una creación jurisprudencial construida sobre dos artículos del Código penal italiano: por un lado, el art. 416-bis (*associazioni di tipo mafioso anche straniere*, que castiga solamente a quienes forman parte, en el apartado 1, y a sus promotores, dirigentes y organizadores, en el apartado 2); y, por el otro lado, en el art. 110, que prevé la concurrencia plural en el mismo delito: “*Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita (...)*” (sobre ello, véase, entre otros -el listado bibliográfico es inabarcable-: BARAZZETTA, «Art. 416-bis», en DOLCINI/GATTA (dir.), *Codice penale commentato*, t. II, IV ed., 2015, pp. 1.673 ss.; ARGIRÒ, «Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso», *RIDPP*, 2003, (46-3), pp. 768 ss.; BORRELLI, «Contiguità mafiosa e delitti di favoreggiamento dopo la sentenza Carnevale», *Cassazione Penale*, 2005, pp. 2.249 ss.; EL MISMO, «Tipizzazione della condotta e nesso di causalità nel delitto di concorso in associazione mafiosa», *Cassazione Penale*, 2005, pp. 3.763 ss.; CORVI, «Partecipazione e concorso esterno: un’indagine sul diritto vivente», *RIDPP*, 2004, pp. 242 ss.; EL MISMO, «Requisiti e limiti della partecipazione nel reato di associazione a delinquere», *Diritto Penale e Processo*, 2005, pp. 600 ss.; DE FRANCESCO, «Il concorso esterno

ocultación o traslado de personas; la construcción o acondicionamiento de alojamientos o depósitos; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas; el adoctrinamiento o captación de nuevos miembros; y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación.⁴⁰

Ahora bien, dicha legislación expansiva ha acabado contaminando la criminalidad organizada ordinaria de modo que, en la actualidad, también se castigan, en España,⁴¹ los actos de

all'associazine mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità», *Cassazione Penale*, 2012, pp. 2.552 ss.; DE LEO, «Aspettando un legislatore che non si chiami Godot. Il concorso esterno dopo la sentenza Mannino», *Cassazione Penale*, 2006, pp. 1.994 ss.; DENORA, «Sulla qualità di cocorrente 'esterno' nel reato di associazione di tipo mafioso», *RIDPP*, 2004, pp. 353 ss.; DE VERO, «Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa», *RIDPP*, 1997, pp. 42 ss.; FIANDACA, «La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno», *Legislazione penale*, 2003, pp. 691 ss.; EL MISMO, «Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica», *Diritto Penale Contemporaneo-Rivista Trimestrale*, 2012, pp. 251 ss.; EL MISMO, «Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace», *Legislazione penale*, 2012, pp. 695 ss.; GROSSO, «Il concorso esterno nel reato associativo: un'evoluzione nel segno della continuità», *Legislazione penale*, 2003, pp. 685 ss.; IACOVIELLO, «Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato», *Cassazione Penale*, 2001, pp. 2.073 ss.; INSOLERA, «Ancora sul problema del concorso esterno nei reati associativi», *RIDPP*, 2008, pp. 632 ss.; MACCHIA, «'Concorso esterno', storia di una creazione giurisprudenziale», *Diritto e Giustizia*, 2003, pp. 34 ss.; MAIELLO, «Sul preteso carattere permanente del concorso esterno», *Diritto Penale Contemporaneo-Rivista Trimestrale*, 2014, pp. 40 ss.; MOROSINI, «La difficile tipizzazione giurisprudenziale del 'concorso esterno' in associazione», *Diritto Penale e Processo*, 2006, pp. 585 ss.; PAPA, «Un baco nel 'sistema'? Il concorso esterno nell'associazione mafiosa di nuovo al vaglio delle sezioni unite tra prospettive di quarantena e terapie palliative», *Legislazione Penale*, 2003, pp. 697 ss.; VIGANÒ, «Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penales giurisprudenziale' 'partecipazione' e 'concorso esterno'», en VIGANÒ/PICOTTI/FORNASARI/MELCHIONDA, *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e a la critica del diritto vivente (Atti del convegno tenuto a Brescia il 19 e 20 marzo 2004)*, 2005, pp. 279 ss.).

⁴⁰ Cfr. en España: arts. 576 y 577 CP; en Italia: arts. 270-ter (*Assistenza agli associati*), quarter (*Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale*), quater.1 (*Organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo*), quinquies (*Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale*), quinquies.1 (*Finanziamento di condotte con finalità di terrorismo*), quinquies.2 (*Sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro*) -véase GUGLILMO, «Nuove norme in materia di terrorismo», *passim*; en Alemania: apartado 5 del § 129a *StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen)*; en el Reino Unido: *help to a proscribed organisation* (TA 2000, Pt II), *financing of any terrorism* (TA 2000, Pt III), *any preparation of terrorism* (TA 2000, ss.57, 58; TA 2006, s.5, 6, 8), y *any publications which support terrorism* (TA 2006, ss.1, 2) -véase WALKER, *Blackstone's Guide to the Anti-Terrorism Legislation*, 3rd edition, 2014, *passim*; en Chile: Ley 18314, art. 8 (aunque solo prevé la cooperación económica); en Colombia: arts. 340A (asesoramiento a grupos delictivos organizados y grupos armados organizados), 341 (entrenamiento para actividades ilícitas) y 345 CP (financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada). En general, véase la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, que recuerda que todos los Estados miembros deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos.

⁴¹ En relación con este aspecto, la legislación penal española es más punitiva que otras que no prevén el castigo del colaborador externo: Italia (art. 416 CP, aunque también puede aplicarse la doctrina del *concorso esterno* indicada *supra* nota 39 -a favor de ello, MARINUCCI/DOLCINI/GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, 8ª ed., 2019, pp. 538 ss.-, y, aunque sí están previstos algunos actos de colaboración que guardan relación con el encubrimiento en el art. 418 CP); o que lo prevén con ciertas limitaciones: Portugal, cuyo art. 299.º CP limita los actos de colaboración punibles a los siguientes: aportación de armas, municiones, instrumentos para el crimen, o locales para las reuniones, así como cualquier auxilio para reclutar nuevos elementos; o, Chile, cuyo art. 294 CP se refiere al suministro de "medios o instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión" -aunque, ciertamente, según la interpretación

cooperación con cualquier organización criminal⁴² y los actos de cooperación económica con los grupos criminales.⁴³ Es por todo ello que, a continuación, debe indagarse sobre el fundamento de estas figuras, por un lado; y, por el otro, hay que aportar criterios para deslindar la pertenencia y la colaboración con una organización criminal, dado que los miembros tienen prevista, en el ámbito del terrorismo, más pena que los colaboradores⁴⁴ y la figura del colaborador material, con excepción del financiador (o colaborador económico), es atípica en relación con el grupo criminal. Además, en orden a una mayor claridad dogmática, hay que diferenciar entre aquellas figuras que presentan rasgos distintivos.

3.2. Fundamento o modelos de atribución de responsabilidad: “modelo de la transferencia” vs. “modelo de la responsabilidad por el hecho propio”

Lo que caracteriza a los delitos, tanto de pertenencia como de colaboración con organización criminal, es, precisamente, que las conductas punibles no guardan relación de autoría o participación con los concretos delitos ejecutados, ni forman parte de su *iter criminis* punible -o bien que dicha conexión no se ha podido demostrar-. La tipificación de estos delitos se vincula tanto a razones de efectividad práctica como a motivos de carácter procesal,⁴⁵ puesto que el avance de las barreras de punición permite el castigo de hechos alejados de la efectiva lesión de un bien jurídico y facilita la actividad probatoria en dos sentidos. Por un lado, posibilita la condena de aquellos sujetos respecto de quienes no existe prueba sobre su participación en las concretas infracciones cometidas por la organización. Por el otro, también faculta a la policía para investigar en el ámbito previo de otros delitos, lo que de otro modo sería improcedente, y posibilita que el Juez pueda autorizar medidas indagatorias que conduzcan al descubrimiento de hechos delictivos sobre los que no existía sospecha inicial.⁴⁶ De este modo, se castigan aportaciones que no se materializan en un delito específico -porque no se inició su ejecución, ni son punibles como actos preparatorios punibles-, o sobre las que no existe prueba de su

que se haga bien podría alcanzar a cualquier forma de colaboración-. Ahora bien, también en Alemania se castiga cualquier ‘apoyo’ y, específicamente, captar miembros o colaboradores (§ 129 StGB) y en Reino Unido se pune a quien tome parte en cualquier actividad, con conocimiento, directo o eventual, relacionada con el crimen organizado (*Serious Crime Act 2015, PART 3, Section 45[2]*).

⁴² El art. 570 bis.1 CP castiga a “quienes *participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma*”, distinguiendo la pena en función de si tuviera como fin la comisión de delitos graves (pena de prisión de dos a cinco años) o no (pena de prisión de uno a tres años).

⁴³ El art. 570 ter.1 CP castiga a “quienes constituyeren, *financiaren o integraren* un grupo criminal”, distinguiendo la pena, también, en función de la gravedad del delito perseguido.

⁴⁴ Cfr. los arts. 572.2 (prisión de seis a doce años para los miembros de organización o grupo terrorista) y 577 CP (prisión de cinco a diez años para los colaboradores).

⁴⁵ Véanse CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, 1997, p. 51; GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, (3), 2008, pp. 53; LAMARCA PÉREZ, «Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista», *La Ley Penal*, (41), 2007, aptdo. III; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de la organización criminal*, 2009, pp. 224 ss. También SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.073, con ulteriores referencias en la doctrina alemana.

⁴⁶ Así, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, 2005, pp. 111 ss., respecto a la figura de la asociación ilícita.

vinculación con una infracción concreta⁴⁷ –bien porque no puede demostrarse la autoría de ningún sujeto,⁴⁸ bien porque no se sabe con exactitud si esa ayuda recayó finalmente en algún delito o en cual lo hizo-. Por ello, tales figuras suponen un importante avance de las barreras de punición al no exigir lesión ni puesta en peligro concreto de un bien personal y conllevan una simplificación de la tarea probatoria para imputar un delito. Además, elevan *ex lege* a comportamientos de autoría conductas identificables estructuralmente con la cooperación o la complicidad.⁴⁹ En consecuencia, presenta problemas de legitimidad desde la perspectiva de los criterios de imputación clásicos.⁵⁰ Sin embargo, la doctrina ha elaborado distintos modelos de atribución de responsabilidad que tratan de justificar la licitud del castigo del miembro de una organización criminal, los cuales son trasladables, *mutatis mutandis*, a la figura del colaborador.⁵¹

Como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ,⁵² para el sector mayoritario de la doctrina, una organización criminal conforma un sistema de injusto autónomo, es decir, independiente del propio de los delitos concretos que se cometen en su seno. Desde esta perspectiva, como se ha indicado, se considera que la mera existencia de la asociación ilícita, en tanto que sistema de distribución estable y racional de papeles en orden a la comisión de un número indeterminado de delitos, lesiona la seguridad general y la paz pública, lo que legitima que se transfiera responsabilidad a cada uno de sus miembros y colaboradores por el ser de la organización.⁵³ Éste es, pues, el denominado “modelo de la transferencia”, del que se sirven aquellas propuestas que contemplan los delitos asociativos como infracciones autónomas que lesionan un bien jurídico supraindividual. Ahora bien, siguiendo al citado autor,⁵⁴ dicha transferencia de responsabilidad a sujetos particulares por el “ser” de la organización “constituye un expediente de imputación individual de un hecho colectivo no fácil de fundamentar” desde las formas convencionales de intervención en el delito, puesto que un miembro concreto de una asociación criminal –y menos un colaborador- no domina la peligrosidad de ésta. Además, dado que la transferencia de responsabilidad por un estado de cosas se realiza en virtud de una adhesión, por un lado, no es

⁴⁷ En este sentido, ARROYO ZAPATERO, «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo», *CPC*, (15), 1981, p. 405; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1984, p. 249.

⁴⁸ Como indica GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Asociaciones ilícitas y terroristas», en COBO DEL ROSAL (dir.), BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal. El Derecho Penal del Estado Democrático*, t. II, 1983, p. 161, el principio de accesoriedad en materia de participación pone trabas a la imputación de determinados actos de colaboración con un delito concreto, cuando no puede probarse la autoría de ningún sujeto.

⁴⁹ CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, 2010, pp. 231-232; GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, 1996, p. 205.

⁵⁰ También, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «La tipificación de conductas de apología del delito», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. II, 2006, p. 893.

⁵¹ Como ya pone de relieve ASÚA BATARRITA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo*, t. I, 2006, p. 268, la punición de la colaboración externa participa del mismo fundamento que la pertenencia.

⁵² SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 1.075 ss., con ulteriores referencias.

⁵³ Cfr. ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, 2ª ed., 2005, pp. 20 ss.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 1.080 ss.

necesario que se realicen conductas, esto es, que se trate de miembros o cooperadores activos. Por el contrario, es suficiente para imputar responsabilidad que un sujeto se declare dispuesto a intervenir en los delitos-fin de la organización, de modo que cabe incriminar a los meros miembros o colaboradores formales. Y, por el otro lado, la configuración del tipo del delito de pertenencia (o de colaboración) como un tipo autónomo facilita la punibilidad de las formas de imperfecta realización, adelantando todavía más las barreras de punición por estos hechos. En definitiva, pues, se posibilita el castigo de conductas *de puesta en peligro de un peligro*.

En cambio, una opinión minoritaria contempla a las asociaciones ilícitas en su dimensión “de estado –institucional- de cosas favorecedor de los delitos concretos cometidos luego en su marco”.⁵⁵ Según este punto de vista, la organización afecta a los bienes jurídicos protegidos por las infracciones cuya ejecución constituye su meta, esto es, los delitos-fin del grupo criminal. Aunque el riesgo creado por una determinada aportación no se materialice en ningún resultado concreto, éste pervive en el seno de la organización,⁵⁶ lo que representa un peligro para los bienes jurídicos más esenciales de las personas.⁵⁷ De este modo, la agrupación actualiza y concreta cada aportación cuando ejecuta los delitos-fin.⁵⁸ En consecuencia, pues, el adelantamiento de las barreras de protección se justifica “por la mayor peligrosidad para el bien jurídico que entraña un ataque ‘organizado’ (a través de asociaciones) al mismo”,⁵⁹ y se imputa responsabilidad a cada sujeto con base en su actividad favorecedora de la comisión de delitos.⁶⁰ Éste es el llamado “modelo de responsabilidad por el hecho propio” del miembro o colaborador, el cual se acoge en este trabajo para justificar y limitar los actos de pertenencia y de colaboración con cualquier organización, puesto que es más acorde con un Derecho penal liberal en el que no pueden castigarse actos internos o muy alejados de la efectiva lesión de un bien jurídico. Como se verá, tal modelo es más respetuoso con los criterios clásicos de imputación jurídico-penal, ya que impide el castigo de la pertenencia y la colaboración formales y dificulta la punición de los actos insignificantes e inocuos, así como de los actos preparatorios y ejecutivos en estas figuras. Antes de abordar estas cuestiones, no obstante, hay que determinar la diferencia entre pertenecer y colaborar con una asociación criminal.

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.077.

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.084: la organización “garantiza la pervivencia del riesgo creado por un miembro”.

⁵⁷ En este sentido, LAMPE, «Systemunrecht und Unrechtssysteme», *ZStW*, (106), 1994, pp. 683 ss., 693 ss., “parte de que las empresas con tendencia criminal pueden considerarse ‘sistemas de injusto’ de los que surgen ‘injustos de sistema’, esto es, comportamientos que lesionan bienes jurídicos y que (...) son favorecidos por su estructura organizativa (responsabilidad por la organización empresarial)” (cfr. PASTOR MUÑOZ, «¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, 365 págs», *InDret Penal*, (2), 2006, p. 6; y CANCIO MELIÁ, *RGDP*, (8), 2007, p. 29.

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.084.

⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.094. Véase, también, CANCIO MELIÁ, *RGDP*, (8), 2007, p. 28, quien se refiere a la calidad de las organizaciones como “dispositivos de multiplicación de los distintos factores de riesgo respecto de los bienes jurídicos individuales afectados por las infracciones cometidas a través” de ellas.

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.094.

3.3. La diferencia entre pertenecer y colaborar

Efectivamente, una de las cuestiones más complejas en este ámbito es la delimitación entre el miembro o integrante genérico y el colaborador externo de una asociación criminal, dado que, a efectos penales, una misma persona no puede ostentar ambos roles o condiciones sin vulnerar el principio *non bis in idem*.⁶¹ Así, para un sector jurisprudencial, la frontera entre la pertenencia (genérica) y la colaboración debe trazarse en clave cualitativa y no cuantitativa. De este modo, mientras quien lleva a cabo los actos descritos en el actual art. 577 CP es colaborador, aquél que posteriormente utiliza estas aportaciones para ejecutar delitos concretos es miembro.⁶² Por el contrario, según la postura mayoritaria en los tribunales, lo que diferencia a un miembro de un colaborador es la permanencia o estabilidad dentro del grupo armado que ostenta el primero. De este modo, lo más usual es que la jurisprudencia considere que un sujeto que realiza actos descritos como cooperación es integrante, si puede determinarse que ostentaba una posición *estable y permanente* dentro de la banda armada.⁶³ Por ello, efectivamente, tal criterio implica la conversión de un determinado tipo penal en otro distinto por el mero factor de su reiteración⁶⁴ y que, entre ambas figuras, pertenencia y colaboración, exista homogeneidad.⁶⁵

Por su parte, también en la doctrina pueden encontrarse las dos posturas mencionadas. Así, mientras que algunos autores trazan la diferencia entre estas dos figuras en clave cualitativa,⁶⁶

⁶¹ Sobre tal incompatibilidad, véanse FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal. Una nueva perspectiva en la lucha contra el terrorismo*, 2008, p. 217; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, pp. 202 ss.

⁶² En este sentido, la STS 785/2003, ponente Giménez García, establece que “la pertenencia, supone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, ya en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o de ejecución de objetivos de mayor intensidad que las conductas de colaboración (...) que define comportamientos propios de complicidad, por lo tanto de naturaleza periférica en el marco de la actividad de las bandas terroristas, y que constituyen un auxilio o preparación de otro comportamiento”.

⁶³ STS 150/2019, ponente Llarena Conde, entre muchas otras: “La distinción entre el delito de integración en organización terrorista, y la mera colaboración con ella, no está en la prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda terrorista, ya sea en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o de ejecución de objetivos, ni en la existencia de relaciones o contactos entre el acusado y otras personas cuya condición de integrantes de la organización ya haya sido debidamente probada, sino en la militancia o adscripción para, de un manera permanente en el sentido de trascender lo meramente episódico, participar en los fines de la organización, aceptando el resultado de sus actos y, eventualmente, realizando actos de colaboración que, por razón precisamente de esta integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad perseguida por la banda en último término”.

⁶⁴ En este sentido, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, 2008, p. 27.

⁶⁵ En efecto, si la diferencia entre ambas figuras es cuantitativa, que el número de actos de colaboración probados constituya uno u otro delito, cuya decisión corresponderá al tribunal, no incide en la posibilidad de defensa del acusado (en este sentido, STS 785/2003, ponente Giménez García).

⁶⁶ Así, CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, p. 229; EL MISMO, en CUERDA RIEZU/JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*, 2009, pp. 76, 83 ss., considera que “si en la pertenencia a ésta se trata de un acto de adhesión materializado a la organización, en las infracciones de colaboración, se trata de algo *menos*: de la aportación de algún elemento funcional para el funcionamiento de la estructura terrorista”. En su opinión, en el delito de colaboración existe una menor entidad del compromiso respecto al de pertenencia, lo que se compensa por la exigencia de una contribución concreta, y sólo de un modo indirecto “las conductas de colaboración participan del injusto propio de los delitos de organización”; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, 2008, p. 215, para quien es “difícil aceptar que alguien que vende armas a una organización terrorista, por mucho que lo haga con asiduidad, pueda ser considerado terrorista, a pesar de que tal conducta resulte inestimable para que la organización pueda

otro sector, mayoritario, considera que la distinción entre ambos preceptos se basa en el grado de integración en la organización, esto es, si la ayuda es permanente (pertenencia) o episódica (colaboración).⁶⁷ Ahora bien, en ningún caso se concreta a partir de qué momento puede considerarse que una contribución es estable –¿basta un acto de ayuda, diez, veinte?–, ni los criterios para constatarlo; esto es, qué elementos de prueba pueden determinar que la colaboración es, bien permanente, bien esporádica.

a. La asunción de un rol estable

Establecido, pues, el estado de la cuestión en los tribunales y en la doctrina, así como los problemas de concreción que no están resueltos, en este apartado se procederá a tomar postura sobre dichas cuestiones. Ante todo, hay que indicar que me parece más correcta hacer la

desarrollar su actividad. Podría, en su caso, ser castigado como autor de un delito de colaboración con banda armada. Pero de ahí a extenderla a la de terrorista, cuando lo que está teniendo lugar en realidad no es sino una conducta de colaboración con la misma, va un largo trecho”; PAREDES CASTAÑÓN, «Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada. Comentario a la sentencia de la audiencia nacional de 19 de diciembre de 2007 (caso Ekin)», *La Ley*, (6906), 2008, *passim*, p. 2. A su juicio, mientras que la acción del integrante consiste en una aportación causal a la preparación o a la ejecución del delito, los colaboradores no intervienen activamente en la preparación y ejecución de las infracciones que constituyen el propósito principal de la organización. Así, “la gran mayoría de las acciones que contribuyen causalmente al mantenimiento de las estructuras organizativas de la banda, pero que no contribuyen causalmente de un modo efectivo (o lo hacen de manera objetivamente imprevisible, o de modo no intencionado) a algún delito específico de los que la banda tiene por objeto deberán ser reconducidas, en su caso, al tipo penal de colaboración con banda armada, nunca al de integración” (p. 3). Ahora bien, desde esta perspectiva, en primer lugar, los actos de colaboración descritos en el art. 576 CP representan (o pueden representar) una aportación a la preparación o ejecución de delitos. Por ejemplo, la construcción de un zulo es una aportación a la preparación o ejecución de un secuestro; en segundo lugar, *ex ante* no se puede distinguir entre las acciones que contribuyen causalmente a la preparación y ejecución de delitos y las que contribuyen causalmente al mantenimiento de las estructuras organizativas de la banda, puesto que la mayoría son idóneas para ambos menesteres. Por ejemplo, la donación de un millón de euros tanto puede servir para mantener a los miembros de una organización como para comprar armamento con el que ejecutar un delito; o la captación de miembros tanto puede ir dirigida a que estos realicen tareas genéricas como a que ejecuten delitos. En consecuencia, es contradictorio afirmar (p. 3) que aquellos “comportamientos más lejanamente relacionados con la específica actividad delictiva que dota de sentido a la banda armada, como actividades de captación de miembros o de fondos, nunca pueden ser consideradas como delito de integración en banda armada, sino a lo sumo, en su caso, como delito de colaboración”. Ahora bien, cabe preguntarse: ¿el tesorero de una organización no puede ser considerado miembro?; y, por último, con este criterio se diluyen las fronteras entre la figura de la pertenencia y la autoría o participación en un delito concreto. De hecho, el propio autor indica, en la p. 3, que “todas aquellas conductas que (conforme a las reglas generales de la responsabilidad de los partícipes) signifiquen cooperación en la preparación o en la ejecución de un determinado delito deberán ser calificadas como integración en banda armada, no como colaboración”; y FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, 2012, pp. 277, 279 ss., 283 ss., para quien el miembro ha de compartir las finalidades de la organización o del grupo, por un lado, y, por el otro, someterse a su voluntad y a su disciplina. Sin embargo, en mi opinión, estos rasgos también concurren en el colaborador, pero, con relación al segundo elemento, de forma puntual.

⁶⁷ MORAL DE LA ROSA, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, 2005, pp. 188, 194; GARCÍA ARÁN, «De los delitos de terrorismo», en CORDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, 2004, p. 2.617; RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, 2002, p. 58; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1984, p. 264; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 2008, p. 131; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, 1997, pp. 75, 61; ASÚA BATARRITA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo*, t. I, 2006, pp. 266-268; y SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.087.

distinción entre ambas figuras en términos cuantitativos. De este modo, el miembro de una asociación criminal se caracteriza porque realiza permanentemente una o más tareas para aquella, por lo que ostenta una posición estable en el organigrama del grupo. En cambio, el colaborador lleva a cabo actos ocasionales, no extendidos en el tiempo, sin que pueda contarse con su cooperación *a priori*. En otras palabras: quien pertenece a una banda armada desempeña un rol dentro de su esquema organizativo, esto es, la aportación que realiza se encuentra institucionalizada,⁶⁸ mientras que el colaborador no forma parte de la distribución de tareas o funciones predeterminadas que el grupo realiza para gestionarse. De este modo, es integrante tanto quien se dedica plenamente a cuestiones logísticas (por ejemplo, destina todo su tiempo a alquilar pisos francos y a encubrir a otros miembros de la banda), como quien realiza dichas tareas de modo ocasional pero repetidamente (por ejemplo, tiene la función de ocultarlos cada lunes y trasladarlos cada miércoles). Ambos sujetos desempeñan un rol permanente e institucionalizado dentro del grupo armado. Por el contrario, es colaboradora la persona que también esconde a otros miembros de la organización en su casa en una o, incluso, en más ocasiones, pero sin que pueda presumirse que se ha establecido un vínculo estable entre ella y la organización. En este segundo caso, se actualiza la aportación con cada acto de ocultación.

Ahora bien, obsérvese como tal postura tiene dos implicaciones de gran calado. En primer lugar, dado que la distinción es cuantitativa, puede afirmarse, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, puesto que los actos genéricos que favorecen la comisión de delitos-fin concretos tanto se realizan por miembros como por colaboradores, es inadecuado distinguir entre estas dos figuras desde el punto de vista del modelo de responsabilidad por el hecho propio que, como se ha indicado, se acoge en este trabajo para fundamentar su punición. Así, “la distinción debería producirse, mejor, entre colaboradores/miembros y colaboradores/no miembros”.⁶⁹ En segundo lugar, el “criterio del rol” implica considerar colaborador-miembro tanto a quien destina todo su tiempo a realizar actividades de favorecimiento para una banda armada, como a aquél que sólo dedica algunas horas de vez en cuando a tales quehaceres.⁷⁰ Por esta razón, a efectos penológicos, es preciso distinguir dentro de la figura de la pertenencia a organización criminal más de una categoría de integrantes comunes estables, que, a su vez, sean diferentes respecto a los colaboradores-no miembros ocasionales.

Para ello, partiendo de la caracterización de tales grupos como “empresas criminales”,⁷¹ el vínculo de los distintos colaboradores con una organización terrorista y la cantidad de “trabajo” prestado deberían incidir en la pena a imponerles por sus conductas.⁷² En consecuencia, pues, de

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 1.090, 1.094.

⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.089.

⁷⁰ En cambio, SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.094, considera que esta figura es una clase de colaboración que, pese a su naturaleza externa, se ha institucionalizado con el tiempo.

⁷¹ Como indica GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, 2006, p. 77: “el terrorismo como toda actividad dirigida a un fin es una empresa”. Cfr., también, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en COBO DEL ROSAL (dir.), BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. II, 1983, p. 118.

⁷² En este sentido, es muy ilustrativo el siguiente párrafo recogido en la SAN 73/2007, ponente Murillo Bordallo: “(...) de los miembros de la ‘organización terrorista’ de ETA así como la cobertura de gastos de los individuos que, de manera profesional, se dedicaban a ‘trabajar’ a tiempo total o parcial en defensa de los intereses de la organización terrorista a cambio de la percepción de un sueldo”.

lege ferenda habría que partir, en abstracto, de la siguiente idea: la *cantidad* de actos de favorecimiento que puede realizar un sujeto que se integra de modo estable en una organización es muy superior a la de un colaborador ocasional. Es decir, la capacidad atribuible *a priori* a quienes de modo institucionalizado destinan todo su tiempo a ayudar a un grupo criminal es superior a quienes sólo cooperan de vez en cuando. De aquí, el sentido de distinguir entre dos categorías de colaboradores diferentes (esto es, miembros y colaboradores *strictu sensu*) relacionada cada una con su propio marco penal inicial. Por ello es criticable que en el ámbito de las organizaciones y los grupos criminales la pena sea la misma para el miembro que para el colaborador (económico en el caso de los grupos), a la luz del principio de proporcionalidad⁷³.

Sin embargo, también es perfectamente imaginable que, atendiendo al caso concreto, la cantidad o relevancia de los actos de colaboración realizados por un colaborador-no miembro sea superior a los ejecutados por un colaborador-miembro. Así, por ejemplo, la relevancia de determinadas aportaciones llevadas a cabo por un colaborador-no miembro puede ser de igual o mayor calado que aquéllas ejecutadas por cualquier clase de integrante. A saber, la donación esporádica de un millón de euros a una organización terrorista tiene el mismo valor para ésta que la recaudación de tal cantidad por parte de quien ha estado dedicándose a esos quehaceres *full-time*; o el colaborador que cede un alojamiento a una banda armada, el cual es usado para que sus miembros se escondan cada miércoles, realiza una aportación idéntica, en términos de importancia, que aquél integrante que los esconde en su hogar todos los martes. Por tanto, los marcos penales de las distintas figuras de colaboración deberían tener una parte de intersección entre ellos. Es decir, habría que existir un tramo de sanción coincidente o superpuesta en la pena que se les asignase. Por ejemplo, para los casos más graves de organizaciones criminales, la pena para los colaboradores-miembros podría situarse entre los 2 y los 7 años de prisión; y la de los colaboradores-no miembros entre los 6 meses y los 5 años de privación de libertad, junto a la pena de multa (para los casos limítrofes con los supuestos de insignificancia, que se analizarán posteriormente).

En conclusión, pues, el criterio para distinguir las categorías genéricas de colaboración con una organización criminal y sus marcos penales lo fija la asunción de un rol estable y, por ende, la cantidad de actos realizados. Ahora bien, a la hora de establecer tanto el número de delitos ejecutados como la pena concreta a imponer no sirve dicho parámetro. Es decir, por un lado, la cantidad de actos efectivamente realizados no incide en el número de infracciones cometidas. En este sentido, los tribunales consideran que tanto la modalidad de pertenencia como la de colaboración son delitos permanentes, que castigan con única pena toda la actividad genérica

⁷³ Como es sabido (cfr. DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 204), la teoría de la proporcionalidad con el hecho, muy extendida en la actualidad, considera que el principio de proporcionalidad tiene una doble dimensión: es tanto una exigencia entre el hecho y la sanción, como entre las consecuencias jurídicas de los diferentes tipos de delitos. Por tanto, la proporcionalidad relativa se refiere a la pregunta por la equivalencia entre las penas correspondientes a los diferentes delitos -de modo que castigar igual conductas de distinta gravedad lo infringiría-. Por el contrario, la proporcionalidad absoluta se centra en la dimensión y en el punto inicial de una determinada escala penal. En matemáticas se habla de proporcionalidad cardinal -absoluta- y ordinal -relativa-, cuya nomenclatura es usada por VON HIRSCH, «Selective incapacitation reexamined: The National Academy Sciences' Report on Criminal Careers and 'careers criminal'», *Criminal Justice Ethics*, (7), 1988, p. 27. Véase, también, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 45; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019.

que realiza un sujeto a favor de una banda armada.⁷⁴ Así, por ejemplo, quien lleva a cabo cien veces la conducta consistente en ocultar a un terrorista no comete cien delitos de colaboración, sino sólo uno –en su correspondiente categoría (la de miembro), determinada, precisamente, por esa repetición-.⁷⁵

Por el otro lado, en orden a determinar la pena final dentro de la extensión del marco, la cantidad de actos tampoco es esencial para imponer más o menos sanción. Por el contrario, debe atenderse principalmente a la gravedad o relevancia de las aportaciones, esto es, al favorecimiento efectivo que aquéllas comportan a la banda. Así, por ejemplo, aunque quien facilita un alojamiento sólo realiza un acto de colaboración, mientras que quien oculta dos veces aisladas a un terrorista en su casa lleva a cabo dos actos, la importancia práctica de la primera ayuda es superior, puesto que ese piso puede ser utilizado en docenas, o, incluso, en centenares, de ocasiones. Del mismo modo, es más grave entregar un millón de euros a una organización de una vez, que donar mil euros en total, pero divididos en dos pagos.⁷⁶

Establecida, pues, la propuesta en el plano del deber ser, la única vía que el Código penal permite, de *lege lata*, para adaptar la pena de los distintos colaboradores (miembros o no) es la atenuante analógica del art. 21.7^a CP⁷⁷ y, en materia de terrorismo, la nueva atenuante facultativa del art.

⁷⁴ Cfr. la SAN 60/2006, ponente Echarri Casi; y las SSTS de 1117/2003, ponente Soriano Soriano, y 149/2007, ponente Delgado García, respecto a la pertenencia; y la STS 1741/2000, ponente Martín Pallín, respecto a la colaboración.

⁷⁵ Ahora bien, el sujeto que en un determinado momento colaboró de modo esporádico con una banda armada y, con posterioridad y de manera perfectamente diferenciable, pasó a integrarse en la misma realizando nuevas aportaciones –o a la inversa– comete dos delitos en su correspondiente categoría (STS 572/2007, ponente Monterde Ferrer) –y, lo mismo puede afirmarse respecto al castigo por dos delitos distintos de pertenencia o de colaboración–. Para ello ha de existir una ruptura del espacio antijurídico, lo que, a juicio de los tribunales, ocurre mediante el cese voluntario, la expulsión o por razón de un hecho de fuerza mayor, como una condena por dicho delito. Así, por ejemplo, cuando un sujeto determinado es miembro de una organización terrorista durante un periodo prolongado de tiempo, abandona esa etapa, y, posteriormente, adopta “una renovada decisión de integrarse” en ella, existe una ruptura formal con la banda y puede castigarse por volver a formar parte de aquélla (cfr. STS 1117/2003, ponente Soriano Soriano; y SAN 60/2006, ponente Echarri Casi) –cuestión distinta, claro, es la posibilidad de refundición de condenas a la luz de lo establecido en los arts. 17 y 988 LECrim–. Y, a tal modalidad de rompimiento, denominada por la jurisprudencia “*ruptura de hecho*”, se añade la “*ruptura jurídica*”, que está integrada por la sentencia condenatoria (cfr. STS 886/2007, ponente Soriano Soriano, la cual establece que la resolución condenatoria cierra un periodo de integración en una banda criminal y refleja el correspondiente reproche mediante la sanción, “lo que supone concluir jurídicamente un periodo de actividad delictiva” dentro de aquella).

⁷⁶ De aquí que, como se ha indicado, los marcos penales en abstracto de las distintas categorías de colaboración deban tener sectores de intersección.

⁷⁷ En la doctrina española hay opiniones distintas acerca del alcance que debe darse a la atenuante analógica del art. 21.7^a CP que se refiere a “*cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores*”. Algunos autores consideran que debe tratarse de circunstancias similares a las expresamente mencionadas en el art. 21 CP (cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, «Art. 21.6 CP», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, 1999, p. 793; y OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*, 2003, p. 94). Una segunda posición entiende que hay que tomar en consideración el fundamento, pero a partir de las concretas circunstancias atenuantes previstas en el art. 21 CP (así, VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, «La atenuante de análoga significación», en QUINTERO OLIVARES (dir.), MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2004, p. 223; también, OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica*, 2003, p. 94). Finalmente, un sector de la doctrina entiende que lo relevante es la razón de la atenuación y, por tanto, se puede aplicar la atenuante analógica, con independencia de si hay o no una circunstancia o fundamento concreto similar a los mencionados en el art. 21 CP, cuando concurre el fundamento que explica la atenuación de la responsabilidad; por ejemplo una disminución de injusto o de culpabilidad (de esta

579 bis.1 CP.⁷⁸ Atendiendo al menor contenido de injusto de determinadas contribuciones (partiendo de su peligrosidad en el seno de la organizaci3n una vez han sido aportadas) es posible rebajar la pena, bien en el ámbito del delito de pertenencia, bien en el ámbito del tipo de colaboraci3n, según concurra la ostentaci3n de un rol estable o no. Así, por ejemplo, la pena de un sujeto que ha institucionalizado una ayuda no especialmente grave, por ejemplo, ayudar a los miembros de una organizaci3n a salir del territorio nacional, por mucho que partir  del marco establecido en el delito de pertenencia, podrá rebajarse si la ayuda realizada no fuera de la suficiente entidad como para merecer el mínimo establecido en el marco penal correspondiente.⁷⁹

b. Elementos a través de los que constatar la existencia de un rol estable

Establecido todo lo anterior, la siguiente cuesti3n a analizar es c3mo puede constatarse la relaci3n permanente entre el miembro y la organizaci3n, esto es, a partir de qué elementos puede inferirse.⁸⁰ En primer lugar, pues, la existencia de un rol estable dentro del grupo terrorista será fácilmente deducible cuando se haya probado la existencia de una actividad continuada a favor de la banda armada.⁸¹ Ahora bien, no será un obstáculo para castigar por colaboraci3n aquel caso

opini3n, ZUGALD  ESPINAR, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al C3digo Penal*, t. II, 1999, p. 796). En general se considera que el fundamento de la atenuaci3n radica en una disminuci3n del injusto o de la culpabilidad, o bien en razones de política criminal o de justicia material (véase ORTS BERENGUER, *Atenuante de an3loga significaci3n*, 1978, pp. 38-39, 55-57; y, recientemente, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolo del Derecho penal*, 2018, p. 162, quien pone de relieve que, frente a la posibilidad de construir la atenuante en términos de *analogia iuris* o *analogia institutionis*, la -desacertada- tendencia jurisprudencial es comprenderla como un caso de *analogia legis*, lo que dificulta sus posibilidades aplicativas; sobre tales categorías, MONTIEL FERNÁNDEZ, *Analogía favorable al reo: fundamentos y límites de la analogía in bonam parte en el Derecho penal*, 2009, pp. 239 ss. y 562 ss.).

⁷⁸ Sobre ella véase PUENTE RODRÍGUEZ/LLOBET ANGLÍ, «Norma de sanci3n y norma de conducta:  por qué castigamos más cuando queremos castigar menos? Una reflexi3n al hilo del nuevo art. 579 bis 4 CP», *La Ley Penal*, (141), 2019, pp. 1 ss.; y el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016, en el que se fijan los criterios aplicativos de la atenuante. Con relaci3n a esta previsi3n atenuatoria en el ámbito del tráfico de drogas cfr. LORENZO SALGADO, «El tipo atenuado ‘en atenci3n a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable’ previsto en el párr. 2  del art. 368 del C3digo penal», *LH-Lorenzo Morillas Cuevas*, t. II, 2018, pp. 1.201 ss.; y, en el ámbito de la seguridad vial, TRAPERO BARREALES, «La cláusula atenuatoria del art. 385 ter C3digo Penal: el apoyo legal para la interpretaci3n de (algunos de) los delitos contra la seguridad vial», *LH-Lorenzo Morillas Cuevas*, t. II, 2018, pp. 1.717 ss.

⁷⁹ Además, esta interpretaci3n es la única acorde con los parámetros establecidos por la STC 136/1999, de 20 de julio, en el “caso Mesa Nacional de HB”. Sobre todo ello, cfr. BASSO, «Sobre la relevancia de las penas mínimas. Una reflexi3n a partir del caso Mesa Nacional Herri Batasuna (STC 136/1999, de 20 de julio)», en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, 2017, pp. 239 ss.; y PUENTE RODRÍGUEZ/LLOBET ANGLÍ, *La Ley Penal*, (141), 2019, pp. 3 ss.

⁸⁰ A falta de confesi3n, se entiende.

⁸¹ Por ejemplo, la SAN 33/2001, ponente Arteaga Cerrada, llega a la conclusi3n de la existencia de una integraci3n en la estructura de ETA con la siguiente argumentaci3n: “desde 1998 el acusado facilitaba a la misma informaci3n sobre policías y guardias civiles que podían ser objetivos de [sus] acciones” de modo regular, y estos hechos demuestran una relaci3n estabilizada y temporalmente extendida, que permiten afirmar la pertenencia a la misma. En cambio, si s3lo se prueba un acto concreto de favorecimiento la conducta es constitutiva de colaboraci3n con banda armada. En este sentido, la STS 785/2003, ponente Giménez García, aprecia el delito de colaboraci3n en un supuesto en el que s3lo qued3 probado un acto aislado de colaboraci3n, por lo que no se acredit3 que la recurrente hubiera tenido otra u otras intervenciones. Por el contrario, la Audiencia Nacional había condenado a la acusada por pertenencia a banda armada.

en que se hubiera probado más de un acto aislado de ayuda, si de éstos no pudiera deducirse una cooperación permanente del sujeto con la banda.⁸²

En segundo lugar, por el contrario, si sólo se constata un acto de colaboración, pero de éste se infiere que su autor ya había realizado otras aportaciones en el pasado, esto es, que su ayuda no fue esporádica sino prolongada en el tiempo, también se tratará de un caso de pertenencia.⁸³ Ciertamente, es imposible establecer con exactitud la extensión temporal que el delito de pertenencia ha de requerir –¿una semana, un mes, tres meses?-, o el número de actos concretos que deben ejecutarse –¿tres, cinco, diez?-. Por tanto, habrá que estarse a cada supuesto particular, y junto a la cantidad de actos realizados valorar indicios tales como tener un “alias” dentro de la organización terrorista u acreditar órdenes de actuación, que pueden servir para decantar la balanza en favor de la pertenencia.⁸⁴ No obstante, en caso de duda, habrá que optar por el delito de colaboración. De este modo, pues, si sólo se prueban dos actos de ayuda sin que concurra ningún otro indicio, en mi opinión debería aplicarse este tipo, en vez de la figura de la pertenencia.⁸⁵

Es más, tampoco es suficiente para integrar el tipo de la pertenencia la intención de continuar colaborando con una banda armada, mientras esta ayuda no se haga efectiva. De este modo, si sólo se prueban uno o varios hechos aislados, aunque también se constate la manifestación de voluntad de seguir a disposición de la organización terrorista para esa u otras tareas, se trata de un supuesto subsumible en el delito de colaboración.⁸⁶ Puesto que dicha promesa nunca llegó a

⁸² En este sentido, la SAN 4/2000, ponente Castro Meije, y no por pertenencia, a un sujeto que, por un lado, cedió un alojamiento a miembros de ETA el cual había contratado con un nombre falso, y, por el otro, utilizó un depósito a favor de la banda armada.

⁸³ Por ejemplo, de las referencias habidas en la única carta hallada en manos de un terrorista, se desprende que un colaborador determinado ha estado durante años asesorando a la banda armada sobre el uso de bombas. En este sentido, la SAN 24/2000, Murillo Bordallo, castiga por pertenencia (y no por colaboración, como pedía la defensa) a un sujeto que, mediante una carta, aportó a ETA su experiencia con explosivos, puesto que del texto de la epístola se desprendía “una importante, constante e intensa actividad del acusado” en la citada organización.

⁸⁴ Cfr. la SAN 44/2006, ponente Martel Rivero. Sin embargo, no debería valer como indicio de integración por sí sólo el hecho de que ETA no encarga el transporte de explosivos a personas que no sean de su plena confianza, esto es, a miembros de la banda. Ahora bien, en sentido contrario, se pronuncia la STS 1346/2001, ponente Giménez García: “La entrega de todo este ingente material, y la realización del transporte desde Francia hasta Sevilla donde fueron descubiertos, revela [que] (...) resulta contrario a las más elementales reglas de experiencia que toda la operación se encomiende a quien no tiene la plena confianza de la dirección de la banda, y ello sólo es posible respecto de aquellas personas que aparecen integradas en la propia banda, como pertenecientes a la misma”.

⁸⁵ Por ejemplo, en carta fechada el 1 de junio de 2001, Henri Parot Navarro, quien se encontraba cumpliendo condena en prisión, se dirigía a miembros de la cúpula de la banda armada ETA. En dicha epístola les indicaba la necesidad de materializar concretas acciones terroristas contra objetivos más importantes, y les aportaba su experiencia como terrorista. Por estos hechos, la SAN 3/2007, ponente Fernández Prado, apreció el delito de pertenencia a organización terrorista, porque de la carta se desprendía que dicho sujeto había mantenido, al menos en una ocasión anterior, un contacto por correo de características similares con la cúpula de ETA. Ciertamente, la misiva comenzaba diciendo “recibí vuestra respuesta” y, a continuación, hacía alusión a que en su primera carta también había recomendado atacar objetivos “más vitales” de España. Sin embargo, a mi juicio, dos aportaciones sin la concurrencia de ningún otro indicio no deben ser suficientes para considerar que un sujeto es miembro de organización terrorista (esta resolución fue confirmada por la STS 886/2007, ponente Soriano Soriano).

⁸⁶ De otra opinión, ZIFFER, «El delito de asociación ilícita frente al ‘Derecho Penal en expansión’», en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo*,

hacerse efectiva, la organización no pudo, *de facto*, contar con ella.⁸⁷ Ahora bien, la mera voluntad de colaborar con una organización terrorista, bien de modo ocasional, bien permanentemente, es un tema muy debatido, que va más allá de este supuesto. Dicha cuestión, pues, será analizada, con más detenimiento con posterioridad.

4. Límites de *lege ferenda* y de *lege lata*

Recapitulando, en los epígrafes anteriores se ha propuesto una reducción del alcance jurídico-penal del concepto de criminalidad organizada, por un lado, y, por el otro, con relación a los sujetos que interaccionan con ella, se ha determinado el fundamento de su punición, así como las diferencias entre miembros y colaboradores. A continuación, por tanto, se afronta la cuestión de los límites a las conductas que han de considerarse punibles con base en tales figuras -partiendo del “modelo de responsabilidad por el hecho propio”-. Y, ello, porque de la observación de los textos penales se desprende, ante todo, que los legisladores democráticos cada vez son más generosos en la tipificación de los actos de colaboración.

En primer lugar, la indeterminación de los preceptos conlleva la inclusión de actos insignificantes e ino cuos para la peligrosidad de una organización, como, por ejemplo, la entrega de un mapa⁸⁸ o la comunicación irrelevante de ideas;⁸⁹ en segundo lugar, es usual el castigo de la mera pertenencia o colaboración ideológicas o políticas, y también las declaraciones de intención de futuras colaboraciones, en especial, la asistencia a campos de entrenamiento; en tercer lugar, se sancionan actos preparatorios de la preparación de la preparación de un posible delito-fin. Así, por ejemplo, recabar personal, información o fondos⁹⁰ para una organización implica ejecutar actos tendentes a conseguir miembros, dinero o datos, lo que o bien podría no llegarse a conseguir, o bien podría no llegarse a entregar, o bien podría no llegarse a usar.⁹¹ Incluso, en

criminalidad organizada, 2008, p. 503, considera que “el requisito de la ‘permanencia’ de la asociación ilícita no puede ser definido como una mera cuestión temporal, sino como la subsistencia del acuerdo para delinquir”.

⁸⁷ Por ejemplo, si se prueba que en una ocasión el sujeto A pasó información sobre terceros a un grupo terrorista, más la manifestación de voluntad de que “está a su disposición siempre que lo necesiten” para seguir realizando esa u otras tareas, tal colaborador no puede ser considerado miembro de banda armada.

⁸⁸ La SAN 19/2003, ponente Bermúdez de la Fuente, castiga con la pena de 5 años de prisión la conducta consistente en facilitar a integrantes de ETA un mapa pie del País Vasco, en el que no constaba ninguna inscripción o dato ulterior (también, muy crítico con esta condena, CANCIO MELIÁ, *RGDP*, (8), 2007, p. 7; EL MISMO, *Los delitos de terrorismo*, 2010, p. 254).

⁸⁹ La SAN 3/2007, ponente Fernández Prado, condena a Henri Parot como miembro de una organización terrorista, aunque es muy discutible que su aportación de ideas y experiencias fuera objetivamente de alguna relevancia para la actividad de ETA. En concreto, aunque tal sujeto relataba algunas misiones terroristas en las que había participado, lo hacía de un modo muy vago y genérico.

⁹⁰ Cfr., por ejemplo, arts. 576 y 577 CP español. De hecho, el 576 establece expresamente una agravante (pena superior en grado) cuando los fondos recabados llegan a disposición de la organización terrorista, por lo que pueden alcanzarse los 15 años de prisión.

⁹¹ La STS 1064/2002, ponente Giménez García, confirma la condena dictada por la SAN 14/2001, ponente Murillo Bordallo, –aunque rebaja las penas impuestas–, por considerar que el Grupo Islámico Armado (“GIA”) es una organización terrorista y que, dentro de su estrategia, una serie de personas se desplazaron a España con la finalidad de captar y entrenar a jóvenes islámicos para su integración en la ‘Jihad’ o Guerra Santa. Además, en un piso se encontraron distintos objetos que, potencialmente, estaban dirigidos a una posterior entrega. De este modo, entre otros, fue apreciado el delito de pertenencia a organización terrorista sin que conste como probada ninguna aportación a tal grupo.

España, por ejemplo, se prevé la conspiración, la proposición y la provocación de tal acto (art. 579.3 CP): por ejemplo, en un *miting*, que alguien diga ante una generalidad que sería necesario recabar fondos para una organización terrorista ya es constitutivo de delito, aunque de tales palabras no se siga, ni siquiera, el intento de conseguir tales fondos por parte de ningún asistente.⁹² Por último, tampoco es de recibo el castigo de los actos de colaboración genéricos con terroristas individuales.⁹³

Además, por el otro lado, los aplicadores del derecho interpretan dichos amplios enunciados legales de un modo igualmente generoso, por lo que se produce el adelantamiento de las barreras de punición por una doble vía, lo que es insostenible con base en las garantías y los criterios de imputación liberales. Ello conlleva la necesidad de establecer límites, tanto de *lege ferenda* como de *lege lata* para evitar fricciones insoportables con un Derecho penal democrático.

4.1. Límites con base en la relevancia *in abstracto* de la aportación material

Establecido lo anterior, con base en los fundamentos del “modelo de responsabilidad por el hecho propio” acogido como límite, ante todo, sólo puede ser legítimo el castigo de aquellas aportaciones genéricas individuales cuyo riesgo sea idóneo y pueda ser actualizado en cualquier momento y concretado en un delito específico. De este modo, de *lege ferenda*, las conductas favorecedoras de la ejecución de delitos-fin de la asociación delictiva tendrían que presentar alguna de las siguientes estructuras: en primer lugar, es lícito castigar los actos de colaboración que constituirían participación punible en un delito concreto en caso de haberse iniciado su ejecución.⁹⁴ Así, por ejemplo, facilitar información sobre personas a una banda terrorista es un acto de cooperación necesaria o complicidad en un homicidio o un secuestro a partir del comienzo de su tentativa. En segundo lugar, también es legítima la tipificación de aquellas aportaciones que tengan efectos estables sobre la organización y pueda estimarse que favorecen por sí solas su existencia.⁹⁵ Por ejemplo, donar una suma dineraria tal que garantice la autonomía financiera de la banda armada durante años,⁹⁶ o facilitar la clave de acceso a los ordenadores de la policía que permita que la organización se adelante a todas sus investigaciones. Ahora bien, en tercer lugar, también son susceptibles de favorecer la peligrosidad de un grupo terrorista otros actos de menor entidad que los citados, como entregas monetarias no tan elevadas o la ocultación de un único miembro. En el seno de una organización criminal, tales ayudas pueden actualizarse en cualquier momento y materializarse en un delito concreto, aunque cada acto, individualmente considerado, no tenga la suficiente relevancia como para garantizar su pervivencia por sí mismo.

⁹² Sobre los requisitos de la provocación: CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, 2000, pp. 55 ss.; BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito: conspiración, proposición y provocación*, 2004, pp. 238 ss.; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 330 ss.

⁹³ Por tanto, de *lege ferenda*, no deberían estar previstos en los arts. 576 y 577 CP. Sobre el concepto de ‘terrorismo individual’, cfr. LLOBET ANGLI, *Derecho Penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, 2010, pp. 86 ss.

⁹⁴ Así, SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.092, respecto a la pertenencia.

⁹⁵ En términos parecidos se pronuncia SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.094, aunque dicho autor hace referencia al favorecimiento de la peligrosidad de tales organizaciones.

⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 1.094, n. 69.

Sin embargo, dada esta diferencia de grado, en un segundo nivel hay que cuantificar las aportaciones,⁹⁷ atendiendo a su importancia en relación con la peligrosidad que cada acto específico transfiere a la organización. De este modo, lo que cambia en los distintos supuestos mencionados es la *cantidad* de la aportación. Así, aunque a todos los colaboradores citados se les puede imputar objetivamente un comportamiento, hay que hacerlo en diferente medida. Por tanto, el monto de la pena debería poder graduarse según la relevancia individual del acto de colaboración, esto es, según la cantidad de injusto aportado a la peligrosidad global de la organización por cada sujeto en concreto.

En consecuencia, pues, existen dos niveles de análisis: mientras el primero fundamenta la responsabilidad, el segundo valora el grado de peligrosidad de cada conducta de colaboración, es decir, el monto de la sanción. De este modo, la aportación que contribuye por sí misma a la propia existencia de la organización es distinta y más intensa de aquella otra que sólo favorece la comisión de delitos al poder usarse en cualquier momento, por lo que la pena debería ajustarse según la cantidad de ayuda aportada. Ciertamente, no es lo mismo entregar un millón de euros a una banda armada, que cien, o que diez. Por tanto, de *lege ferenda*, convendría que la pena de este delito pudiera adaptarse en todo caso a la gravedad de la aportación, lo que implica: en primer lugar, que el máximo penológico no debería usarse como inocuización de sujetos peligrosos,⁹⁸ al esconder un castigo basado en el pronóstico futuro de peligrosidad del autor de un hecho;⁹⁹ en segundo lugar, que el marco penal no debería comenzar a partir de muchos años de privación de libertad, sino que debería existir la posibilidad de imponer una pena de prisión más corta;¹⁰⁰ y, en tercer lugar, que tendría que preverse la pena de multa como alternativa a la cárcel para aquellos supuestos rayanos a la insignificancia. Es más, enlazando con esta última idea, también habría que dejar un margen al principio de insignificancia en la aplicación de este tipo. Como es sabido, dicho principio es un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que permite excluir desde el inicio daños de poca importancia.¹⁰¹

Por ello, aquellas conductas cuyo contenido es más simbólico que efectivo tienen que mantenerse al margen del Derecho penal. Por ejemplo, poner un euro en un arca destinada a

⁹⁷ Cfr. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 267; JAKOBS, «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», en *El sistema funcionalista del Derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000)*, 2000, p. 179.

⁹⁸ En el mismo sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Alternativas al Derecho Penal del enemigo desde el Derecho Penal del ciudadano», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. II, 2006, p. 865.

⁹⁹ Por ejemplo, la cadena perpetua prevista como pena en Reino Unido para supuestos de entrenamiento con fines terroristas (TA 2006, s.6[5][a]) es, en realidad, una medida de seguridad situada en la órbita del Derecho penal de autor.

¹⁰⁰ En este sentido, como ya se ha indicado, en España, la STC 136/1999, ponente Viver Pi-Sunyer, consideró “constitucionalmente objetable” la ausencia de una cláusula en el delito de colaboración terrorista que permitiera imponer una pena inferior a la mínima establecida con carácter general atendiendo a la gravedad de la conducta. Más de 15 años después, la LO 2/2015, de modificación del Código Penal en materia de delitos de terrorismo, ha introducido una cláusula potestativa de rebaja en uno o dos grados cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido (art. 579 bis.4 CP) -véase *supra* notas 78 y 79-.

¹⁰¹ Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, 1972, p. 53, texto y n. 53; LUZÓN PEÑA, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho Penal*, 1995, p. 28.

recaudar fondos para una banda terrorista es un hecho que no debe castigarse con base en ese principio. Ciertamente, el límite exacto entre un acto de colaboración insignificante y un acto típico no puede determinarse de un modo cierto e irrefutable. Sin embargo, tal extremo pone de manifiesto que la pena de este delito tendría que empezar con la multa e ir agravándose según el injusto de la conducta, existiendo, además, un máximo penológico proporcional -ordinal y cardinalmente- con la gravedad del hecho.¹⁰² Es decir, por un lado, hechos tan alejados de la efectiva lesión de bienes jurídicos individuales no pueden tener previstos máximos penológicos idénticos a los delitos más desvalorados, como los asesinatos o las violaciones. Y, por el otro lado, si la donación de un euro es un acto insignificante mientras que la entrega de cien euros puede considerarse un hecho típico, la diferencia de injusto no conlleva pasar de la impunidad a una pena de prisión que suele implicar, ya en su mínimo, muchos años de prisión.¹⁰³

Además, también en el plano del ser hay que tener en cuenta el principio de insignificancia a la hora de aplicar el delito de colaboración con banda armada. Téngase en cuenta que, si se castigaran hechos insignificantes, como la donación de un euro, su punición se fundamentaría en términos de daño acumulativo o daño derivado de la repetición, esto es, se caería en el ámbito de los denominados “delitos de acumulación”. A saber, se valoraría la posibilidad de que, si muchos otros sujetos entregasen la misma cantidad, la banda armada conseguiría una suma nada desdeñable. Como es sabido, los “delitos cumulativos (o acumulativos)” permiten sancionar penalmente una conducta individual aunque “ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga por sí misma en peligro relevante), si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta –*per se* no lesiva- se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico”.¹⁰⁴ Así, aunque un sector de la doctrina los admite,¹⁰⁵ esta categoría contradice el modelo de responsabilidad por el hecho propio acogido en este trabajo para legitimar el castigo de la pertenencia y de los actos de colaboración.¹⁰⁶ Como ponen de relieve sus detractores,¹⁰⁷ si únicamente se atiende al daño

¹⁰² Véase, VON HIRSCH, *Criminal Justice Ethics*, (7), 1988, p. 27; y BASSO, *Determinación judicial de la pena*, 2019, pp. 301 ss. Para más detalle, cfr. *supra* nota 73.

¹⁰³ Sobre la incidencia de la determinación de la pena en las categorías que operan como segmentos de significado de una situación progresiva que no admite discontinuidades, véase MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 738 ss.; y, sobre la relevancia de las penas mínimas, cfr. BASSO, en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional*, 2017, pp. 239 ss.

¹⁰⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., 2011, p. 131, con ulteriores referencias.

¹⁰⁵ Sobre los autores que legitiman estos delitos, el alcance de su postura, los argumentos esgrimidos y algunas de las críticas realizadas a dicha teoría, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 3ª ed., 2011, pp. 131-136. Véase, también, BUSTOS RUBIO, *Delitos acumulativos*, 2017, pp. 69 ss.

¹⁰⁶ En el mismo sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, «Recensión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens (La punibilidad de la negación de la existencia de Auschwitz)*, de Thomas WANDRES. Duncker & Humblot (Strafrechtliche Abhandlungen, N. F., tomo 129), Berlín, 2000, 338 páginas», *ADPCP*, 2000, p. 1209.

¹⁰⁷ Cfr., ALCÁZER GUIRAO, «La protección de futuro y los daños cumulativos», *ADPCP*, 2001, pp. 164-165, 174 (téngase en cuenta que este autor acepta que los efectos cumulativos pueden castigarse legítimamente, “como un medio de asegurar las condiciones [ambientales] futuras de la especie humana”. Sin embargo, lo considera inadmisibles en la tutela de los bienes jurídicos personales, “por cuanto requisito de un injusto penalmente relevante desde esta perspectiva es un grado de peligro actual para intereses personales”); FEIJÓO SÁNCHEZ, «Sobre la ‘administrativización’ del Derecho Penal en la ‘sociedad del riesgo’. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI», en *LH-González-Cuéllar García*, 2006, pp. 159-163; EL

cumulativo no se realiza una valoración del hecho específico. Por el contrario, se valora la trascendencia global de ese género de conductas, lo que “es inadmisibles como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado”.¹⁰⁸ En definitiva, una sanción que no se funde en la dimensión de lesividad del comportamiento individual no introduce elementos de dañosidad concreta, sino que únicamente se atiende al peligro global, presunto o estadístico.¹⁰⁹

Por último, los actos de colaboración han de ser *ex ante* idóneos a efectos de constatar un favorecimiento efectivo, por lo que la aportación de experiencias, ideas o conocimientos en general ha de poder tener alguna relevancia práctica. Si, por el contrario, se demuestra que son *ex ante* impracticables, no pueden aprovecharse, o ya son conocidos o forman parte de la estrategia de la organización, tales contribuciones deben ser consideradas atípicas (estructura de tentativa irreal). Por ejemplo, en 1985, alguien propone a miembros del GRAPO que derriben un satélite americano, como muestra de su rechazo al capitalismo; o alguien aconseja a los miembros de una organización terroristas que vayan armados cuando cometen atentados terroristas. En general, pues, se trata de supuestos en los que las ideas aportadas son *inútiles* y/o *inocuas* debido, bien a las características estructurales y logísticas de la organización en ese momento determinado, bien a los conocimientos que ya posee.

4.2. La colaboración (y la pertenencia) ideológicas: supuestos de atipicidad

a. La colaboración ideológica o política

Con base en el modelo de imputación escogido, se desprende, asimismo, que colaborar con (o pertenecer a) una organización terrorista significa algo más que estar de acuerdo con los postulados del grupo armado, esto es, abrazar su ideario o respaldarlo políticamente. Por ello, no es punible la colaboración o la integración simplemente formales, es decir, la mera adhesión ideológica al sistema que representa la organización terrorista no es suficiente como título de imputación en el delito ni de colaboración, ni de pertenencia a banda armada.¹¹⁰ Por el contrario, es necesario que se preste algún tipo de soporte material o logístico, ya sea a través de hechos, de ideas o de experiencias. Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ,¹¹¹ el acto delictivo concreto “debe mostrar una idoneidad, en virtud de su dotación de medios, hombres y estructuras, para obtener su

MISMO, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, 2007, pp. 816 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 3ª ed., 2011, pp. 126-127.

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 3ª ed., 2011, p. 127.

¹⁰⁹ Así, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 3ª ed., 2011, p. 127.

¹¹⁰ En el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo*, t. I, 2006, p. 252; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, pp. 159-160; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales», en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, 2008 p. 473; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en COBO DEL ROSAL (dir.), BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. II, 1983, p. 158; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1984, p. 251; PAREDES CASTAÑÓN, *La Ley*, (6906), 2008, p. 3; SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 1.076 ss., con ulteriores referencias; ZIFFER, en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia*, 2008, p. 503.

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 1077-1078.

objetivo de comisión de los delitos concretos de que se trate”. Desde esta concepción, pues, es necesario que se realicen *conductas* que contribuyan a las actividades delictivas de la banda armada para la atribución de responsabilidad, por lo que un perteneciente a efectos penales tiene que ser un miembro *activo* de la organización.¹¹²

Como ya se ha indicado, en este trabajo se descarta un modelo de la transferencia puro a la hora de justificar la sanción penal de los colaboradores, que permitiría la tipificación de la mera colaboración formal-ideológica. Aceptar que es suficiente para integrar los delitos de pertenencia o de colaboración con banda armada una declaración o una actitud que ponga de relieve que en el fuero interno se mantiene o se abraza un ideario criminal cuestiona los fundamentos de un Estado democrático, ya que castiga las meras ideas.¹¹³ Por un lado, limita derechos fundamentales –como las libertades de expresión, de reunión, de asociación, de participación política, etc.–,¹¹⁴ sin concurrir una conducta lo suficientemente lesiva para justificarlo. Y, por el otro, no basa su castigo en el injusto del hecho cometido,¹¹⁵ lo que, en última instancia, nos sitúa en la órbita del Derecho penal de autor.¹¹⁶ Por tanto, la categoría del mero afiliado no puede castigarse legítimamente, sino que el miembro tiene que ser activo.

En definitiva, lo esencial para punir, en virtud de este delito, no es la asunción de la metodología terrorista sino la aportación material a dicha metodología. Así, cualquier modalidad de colaboración con banda armada requiere la existencia de actos concretos y positivos de cooperación que, en el seno de la organización, favorezca la ejecución de delitos-fin, más allá de la mera adhesión ideológica. Además, tales actos han de poseer, en concreto, relevancia para tal fin, de modo que hay que determinar *a partir de qué momento* es legítimo su castigo lo que guarda relación con dos variables: por un lado, tomando como medida el *iter criminis*, debe establecerse cuándo los actos de colaboración alcanzan la consumación y si el castigo de la tentativa y los actos preparatorios es legítimo; y, por el otro, con relación a la *voluntad* de comisión futura de delitos, se tiene que determinar si la colaboración (o la pertenencia) es equiparable a la mera puesta a disposición de una organización terrorista.

b. Excurso. Una concreta modalidad de colaboración psíquica

¹¹² Como indica CANCIO MELIÁ, *RGDP*, (8), 2007, p. 33, en una organización criminal “no se ingresa rellenando un formulario y pagando la primera cuota”, a diferencia de lo que ocurre “en una asociación de criadores de hámsters”.

¹¹³ Como afirma FERRACUTI, en DEL CAMPO (dir.), *Terrorismo Internacional*, 1984, p. 172, el aspecto que rechazamos del terrorismo es solamente el uso de la violencia, por lo que “en una democracia occidental, no son las ideas en sí (...), sino el hecho de que alguien usa la violencia para imponerlas a los demás”, lo que debe censurarse.

¹¹⁴ PAREDES CASTAÑÓN, *La Ley*, (6906), 2008, p. 4.

¹¹⁵ PAREDES CASTAÑÓN, *La Ley*, (6906), 2008, p. 3.

¹¹⁶ De otra opinión, PASTOR MUÑOZ, «El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del ‘peligro del peligro’», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. II, 2006, pp. 533-534; LA MISMA, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, 2005, pp. 62 ss. A su juicio, el acto de comunicación de la peligrosidad subjetiva del autor, consistente en hacerse miembro de una organización criminal, “constituye una verdadera perturbación social y la pena es una respuesta a ese acto de comunicación, no a la peligrosidad subjetiva cuya existencia se comunica”. Sin embargo, hay que indicar que dicha autora no describe exactamente en que debe consistir dicho acto de comunicación: si éste tiene que ser material; si basta la mera declaración de voluntad a cometer delitos; o, incluso, si es suficiente la adhesión ideológica.

Pese a lo indicado en el apartado anterior, en mi opinión hay que distinguir entre colaboración ideológica y colaboración psíquica o anímica. Así, pueden existir casos en que determinada palabras o gestos contribuyan psíquica o anímicamente a una intensificación de la *actividad* de la organización tendente a ejecutar delitos-fin, es decir, que tal declaración comporte que la actividad delictiva del grupo adquiera mayor intensidad.¹¹⁷ En tales supuestos, el castigo por tal colaboración anímica podría estar justificada si, *ex ante*, es susceptible de incrementar la peligrosidad de la banda armada en orden a la ejecución de delitos-fin,¹¹⁸ y siempre que la pena sea proporcional a este injusto menos tangible.

Por ejemplo, el líder de una banda armada en horas bajas, después de pasar los últimos diez años en prisión e incomunicado, está a punto de quedar en libertad. Unos meses antes de salir de la cárcel, envía una carta a su actual dirección haciéndoles saber que en breve volverá a estar con ellos. Dicha perspectiva aporta una inyección de ánimos tal al citado grupo (piénsese, por ejemplo, en la relevancia que Osama Bin Laden tuvo para *Al Qaeda*), que conlleva la intensificación de su actividad en el sentido aludido.

4.3. Límites con base en la relevancia *en concreto* de la aportación material: *iter criminis* y voluntad

a. ¿Cuándo se consuman los actos de colaboración? Delitos de mera actividad vs. de resultado (de peligro)

Para un sector de la doctrina, el delito de colaboración con banda armada se consuma con la realización de un acto de colaboración objetivamente idóneo *ex ante* para aportar alguna relevancia a las actividades de la organización terrorista, “sin necesidad de que se produzca el beneficio efectivo para la organización”.¹¹⁹ Así, bastaría con una aportación objetivamente relevante, potencialmente eficaz, pero no con el alcance del éxito pretendido.¹²⁰ Ahora bien, tales autores no se pronuncian sobre si debe exigirse la puesta a disposición del acto a la banda, e, incluso, su disponibilidad, o, por el contrario, basta su mera ejecución. Dicho con un ejemplo, si un sujeto elabora información sobre futuros objetivos con la intención de ponerla a disposición

¹¹⁷ Como indica MARTÍNEZ SANROMA, *inédito*, “la complicidad psíquica ha sido precisada como aquella prestación de ayuda realizada a través de medios ‘psíquicos’, ‘morales’ o ‘espirituales’. Siguiendo con los postulados de la doctrina jurídico-penal alemana, esta definición estándar se suele clasificar entre casos de aportación de consejos técnicos (*technischen Rathilfe*) y supuestos de fortalecimiento de la decisión de cometer un hecho delictivo (*Bestärkung des Tatentschlusses*) o apoyo moral”. Por tanto, ciertamente, a lo largo de este trabajo se citan otros supuestos que encajarían dentro de esta categoría, en especial, las promesas de actuación futura. No obstante, aquí se está haciendo referencia, dentro de la segunda clase, esto es, casos de reforzamiento o estabilización de la comisión de hechos delictivos, a los concretos supuestos de apoyo moral en el sentido de aplauso, de ánimo o de vitoreo, dado su especial parentesco con los supuestos de colaboración ideológica aludidos.

¹¹⁸ Al igual que, entre las formas generales de intervención en el delito, la cooperación psíquica es aceptada por la mayoría de la doctrina como una forma de complicidad punible. En estos casos –y sin entrar en el complejo mundo de la causalidad en la aportación del cómplice–, la doctrina exige que el influjo psicológico tiene que reunir dos requisitos, a saber, peligrosidad y relación de riesgo entre la conducta del cooperador y el resultado delictivo (cfr. LOPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 225 ss., 309, 311).

¹¹⁹ GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, 2004, p. 2.623; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 909; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, p. 212.

¹²⁰ STS 783/2007, ponente Sánchez Melgar.

del grupo terrorista, pero dicho material no llega a sus manos por cualquier razón, ¿tal acto se ha consumado? Es más, ¿qué ocurre si pese a su entrega, los terroristas son detenidos instantes después, sin haber podido disponer de la ayuda prestada?

Pues bien, en coherencia con el fundamento del castigo de la colaboración mantenido en este trabajo, tal consumación no se produce hasta que, una vez el acto de colaboración ha sido puesto a disposición de la banda armada, ha existido disponibilidad sobre esa aportación. Sólo a partir de ese momento, el riesgo proveniente de tal ayuda puede perdurar en el ámbito de la organización y materializarse en la ejecución de un delito-fin. Por tanto, es necesario que concurren dos requisitos, los cuales, aunque están próximos en el tiempo, no deben confundirse. A saber, el *acto de disposición* conlleva la accesibilidad física de la ayuda por parte de la banda armada (por ejemplo, tener entre las manos documentos con información, un vehículo o explosivos que se acaban de entregar). Sin embargo, aún es necesario que suceda algo más para que un acto de colaboración se consume: tiene que existir *disponibilidad* sobre la ayuda obtenida, lo que ocurre cuando a partir del acto de disposición ha transcurrido el tiempo idóneo *ex ante* para que el riesgo proveniente de esa aportación sea susceptible de pervivir en el seno de la banda armada. Ahora bien, que finalmente se haga uso de la ayuda o no es intrascendente¹²¹ (lo importante es que haya existido tal posibilidad).

En consecuencia, el acto de colaboración tiene que crear un riesgo típicamente relevante de favorecimiento, lo que sólo sucede a partir del momento en que la ayuda es objetivamente idónea para ser usada.¹²² En cambio, tal riesgo no llega a existir cuando es abortado con anterioridad a su surgimiento, puesto que nunca fue susceptible de perdurar y actualizarse en un delito concreto. Del mismo modo, por ejemplo, si un terrorista a quien se le ha entregado documentación con datos sobre posibles víctimas es detenido antes de poder abrir el paquete, el acto de colaboración no se ha consumado puesto que tal información no ha creado ningún riesgo *ex ante* de favorecimiento. Por el contrario, si es arrestado poco después, pero una vez ha tenido la posibilidad de estudiar dicha información o ponerla en conocimiento de un tercero, el delito ya ha alcanzado su fase consumativa con independencia de que no haya sido así. Por último, pues, tampoco tiene ninguna trascendencia que tales datos no se lleguen a utilizar ni aporten ningún beneficio efectivo a la organización.

Ahora bien, la puesta a disposición de la ayuda y la disponibilidad sobre la aportación varía en función de cómo se describa la conducta típica y del concreto acto de colaboración realizado. Por tanto, de *lege ferenda*, el legislador debería delimitar el tipo restringiendo el castigo de actos que no hayan estado a disposición de la banda; y, de *lege lata*, en caso de dudas sobre el alcance del tenor literal, el intérprete debería restringirlo en este sentido. Por ello, en primer lugar, en los casos en que el producto del acto de colaboración realizado ha de *entregarse*, es necesario que a partir de dicha cesión exista disponibilidad sobre la aportación para que se consume el delito. Sólo desde ese momento la ayuda está disponible para la banda y, por tanto, es peligrosa. No obstante, que posteriormente se haga uso o no de lo entregado sólo tendrá relevancia si se puede vincular con otro delito concreto. Por ejemplo, si un sujeto, después de haber llevado a cabo la

¹²¹ En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, en CUERDA RIEZU/JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*, 2009, p. 86.

¹²² De la misma opinión, CANCIO MELIÁ, en CUERDA RIEZU/JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*, 2009, p. 86.

vigilancia de una persona anotando todos sus movimientos, no entrega tal información, esto es, no la pone a disposición de la banda terrorista, no ha consumado su acto de colaboración. Y, lo mismo ocurre si se produce la detención del miembro que ha obtenido dichos datos antes de que haya podido disponer de ellos. En estos casos, puesto que la organización no pudo hacer uso de tal ayuda nunca existió favorecimiento a la ejecución de los delitos-fin. En tal estadio, por tanto, concurre una estructura de preparación o de tentativa.

Sin embargo, la jurisprudencia española no sigue este criterio. Según el ATS 1141/2004, ponente Puerta Luís, la tenencia de *un* papel con una matrícula de vehículo policial que no se llegó a entregar a la organización ETA constituye un delito de colaboración con banda armada consumado. Del mismo modo, la STS 590/2008, ponente Maza Martín, confirma la condena por colaboración con banda armada a dos personas a quienes se les intervinieron una serie de efectos informáticos útiles para realizar falsificaciones de documentos. Así, aunque resulta probado que existía la finalidad de proporcionar DNIs falsos a miembros de un grupo terrorista y que uno de ellos falsificó un documento de identidad, en ningún momento se determina que se pusieran a disposición de aquéllos.¹²³

La misma consideración merecen los supuestos de construcción o acondicionamiento de alojamientos o depósitos. Tales actos se consuman cuando, una vez se da a conocer a la organización terrorista que dichos espacios están a su disposición, la banda tiene la posibilidad de utilizarlos, aunque finalmente no lo haga. En consecuencia, si un alojamiento es descubierto por la policía minutos después de su puesta a disposición, el acto de colaboración no ha llegado a consumarse. Del mismo modo, mientras se están construyendo o acondicionando, o una vez construidos o acondicionados, pero antes de que la banda armada lo sepa, existe una estructura de preparación o de tentativa.¹²⁴

Por su parte, este debería ser también el criterio en los casos, tan usuales en la práctica, de *conductas de captación, adoctrinamiento o entrenamiento de futuros terroristas*. Sólo a partir del momento de existencia de prueba de que las personas entrenadas o adoctrinadas ya están a disposición de la banda armada para realizar actos materiales *concretos*,¹²⁵ pervive un peligro susceptible de ser actualizado en cualquier momento.¹²⁶ Hasta ese momento, los actos se sitúan

¹²³ En este sentido, a juicio de la SAN 41/2003, ponente Lorente Martínez, en orden a consumir la mencionada figura es irrelevante que la información elaborada llegue o no al grupo terrorista. También la STS de 4 de junio de 2008 establece que “no importa que el dinero remitido no haya llegado a su destino, pues el delito por el que se acusa es de simple actividad y no de resultado”.

¹²⁴ En cambio, la Circular 3/1975, de 25 de septiembre, de la Fiscalía del Tribunal Supremo español que se pronunció respecto al Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, (“Criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975”, p. 364) estableció que la responsabilidad criminal respecto al acto contenido en el art. 6º, esto es, la construcción de locales hábiles para el encierro, secuestro u ocultación de personas, podía situarse en dos fases diferentes: al tiempo de la construcción y una vez terminada.

¹²⁵ Siendo posible, también, que, en los casos de la comisión de atentados como lobos solitarios, se impute a los sujetos que los entrenaron o adoctrinaron alguna forma de participación clásica en el delito, siempre que concurren los requisitos de la inducción o de la cooperación, necesaria o no, en esos hechos.

¹²⁶ Tal responsabilidad va referida a quienes han captado, entrenado o adoctrinado, no a quienes han recibido tal “formación”. Para castigar a estos sujetos como integrantes o como colaboradores no es suficiente con que se integren formalmente en sus filas, o que se declaren dispuestos a colaborar puntualmente. Al contrario, hay que esperar a que realicen alguna conducta concreta de relevancia para la organización. La razón de tal distinción es que los primeros (esto es, los sujetos activos de las tareas de formación) han perdido el control del riesgo con relación a los segundos (sujetos pasivos de aquélla), mientras que estos la mantienen.

en momentos del *iter criminis* anteriores a la consumación. Sin embargo, la política criminal actual tiene en el punto de mira a los sujetos o grupos que se dedican a estas labores sin importar el grado de eficacia en la captación,¹²⁷ y la jurisprudencia no exige que se constate la pervivencia de un riesgo en el seno de la organización.¹²⁸

En segundo lugar, hay actos de colaboración cuya realización del verbo típico coincide con su aprovechamiento por parte de otros sujetos relacionados con las actividades terroristas, como, por ejemplo, algunas modalidades de ocultación o traslado de personas. Por ejemplo, cuando alguien transporta a un terrorista en su coche no le entrega nada, sino que la aportación está siendo utilizada ya en ese momento. En consecuencia, respecto a tales actos de colaboración surge la cuestión sobre si la consumación coincide con la ocultación o traslado completos y exitosos o con el inicio de tal actividad. Es decir, ¿qué ocurre cuando el sujeto trasladado no llega a su destino, sino que es detenido en un momento anterior (en un control policial, por ejemplo), o justo al llegar a su destino? ¿O si el terrorista es descubierto oculto en una vivienda? ¿Se han consumado tales actos?

Pues bien, la ocultación o el traslado de personas ya pueden considerarse consumados, aunque no se hayan realizado de manera completa y exitosa, puesto que a partir del momento en que esas conductas comienzan a llevarse a cabo ya existe un favorecimiento a la actividad de la banda armada. Por ejemplo, que un terrorista esté escondido dificulta su detención, de modo que, por un lado, puede seguir prestando su ayuda mientras tanto, y, por el otro, entorpece las tareas de investigación de la policía. Así, si los cuerpos de seguridad detienen al terrorista mientras está siendo auxiliado, en el instante de bajar del vehículo o al salir de su escondite concurre un acto de colaboración consumado. Además, el hecho de contar *ex ante* con tal ayuda conlleva que los miembros y colaboradores del grupo hayan podido realizar otros actos tendentes a la ejecución de delitos-fin –por ejemplo, que esos sujetos hayan tenido la posibilidad de pasar información sobre personas a la banda terrorista, localizar el mejor lugar donde cometer atentados, etc.-.

Del mismo modo, me parece legítimo el castigo de la cesión de un alojamiento mediante una promesa futura concreta (“te esconderé en mi vivienda el próximo martes”) pero no genérica (“si necesitas ocultarte en alguna ocasión cuenta con mi casa para ello”). Desde el momento en que un miembro de una organización sabe que podrá contar, en firme, con un escondite cuando lo precise, se favorece la peligrosidad de la banda, puesto que aquél puede gestionar su actividad delictiva contando con esa aportación. Por ejemplo, puede seguir a potenciales víctimas o transportar armas sabiendo que finalizadas dichas tareas tendrá la posibilidad de refugiarse en

¹²⁷ Véase el art. 3 de la Decisión Marco 2002/745/JAI (modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI) y el art. 577.2 CP. Sobre él, cfr. CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*, 2019, pp. 234 ss., 247 ss., quienes, con relación a la consumación de estos actos, afirman que se produce “desde el momento en que un único sujeto reciba la conducta de captación, adoctrinamiento o adiestramiento”. Así, es necesario que “el receptor de tales conductas pudiera tener conocimiento del contenido de los mensajes”; posibilidad de conocimiento que se dará desde el momento en que dicho contenido estuviera a disposición de los receptores.

¹²⁸ Por ejemplo, cfr. la STS de 13 de marzo de 2019 que confirma la condena de un grupo de sujetos que asumieron la tarea establecer estructuras de captación y reclutamiento de nuevos adeptos para el Estado Islámico, habiéndose probado, únicamente, que al menos tres jóvenes marroquíes se vieron inmersos en ese proceso de captación y adoctrinamiento (sobre este fallo, cfr. el comentario de CADENA SERRANO, «Delito de colaboración con organización terrorista», *La Ley*, (9466), 2019, *passim*).

lugar seguro¹²⁹ (y lo mismo vale para promesas de traslado). En consecuencia, en caso de existir un desistimiento *post* consumativo (informando del cambio de parecer a la organización, no abriendo la puerta, no llegando al lugar de recogida, etc.) podría aceptarse una atenuante basada en el arrepentimiento, incluso, muy cualificada.¹³⁰ En cambio, futuras promesas genéricas, no deberían integrar el delito de colaboración con banda armada. Ello tendría que precisarse en un acto de ayuda concreta.¹³¹ Ahora bien, existiría una excepción: si el terrorista fuera detenido entre la aceptación de ocultación o traslado y el momento en que tales conductas tuvieran que realizarse, existiendo un lapso temporal muy corto entre los dos momentos, de modo que no se hubiera visto favorecida la peligrosidad de la organización. Este caso debería castigarse, como mucho, como tentativa de colaboración -por ejemplo, una redada policial detiene al terrorista segundos antes de entrar en la vivienda, o, precisamente, alertado por su presencia, decide no hacer uso de tal cobijo-.¹³²

En definitiva, pues, si la organización terrorista nunca tuvo disponibilidad sobre la ayuda prestada, el delito de colaboración no llegó a consumarse. Sólo a partir de ese momento el riesgo proveniente de tal ayuda es susceptible de pervivir en su marco y materializarse en la ejecución de los delitos-fin perseguidos, lo que constituye el fundamento de la punición de estas conductas. Ahora bien, el uso efectivo o no de la aportación ha de servir como criterio de determinación del *quantum* de la pena.

Establecido todo lo anterior, obsérvese cómo, con esta interpretación sobre el momento consumativo, el delito de colaboración con banda armada no es un delito de mera actividad sino de resultado (de peligro): tiene que existir un resultado distinto y separado de los actos de cooperación ejecutados por el autor, consistente en la disponibilidad de la ayuda una vez se ha puesto a disposición del grupo. Así, por ejemplo, después de elaborar información hay que entregarla, finalizada la construcción de un zulo hay que avisar sobre su ubicación, etc., y, en todo caso, la organización ha de tener la posibilidad de usar tal ayuda. De este modo, aunque dicho resultado no es de lesión efectiva de un bien jurídico, sí que constituye la creación de un peligro (abstracto) para aquél. Desde el instante en que una aportación puede ser usada por una

¹²⁹ En este sentido, la STS 801/2000, ponente Bacigalupo Zapater, considera que la promesa de alojamiento se consuma precisamente con la “puesta a disposición de un lugar de acogida, pues, como tal, importa ya un refugio con el que la banda armada puede contar para la planificación de sus actividades”.

¹³⁰ Cfr. GILI PASCUAL, «Pérdida de control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado», *InDret Penal*, (2), 2012, p. 18; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 373 ss., 435 ss. En cambio, no me parece de recibo la aplicación de las normas del desistimiento, por existir una consumación formal diferente de la material. No puede afirmarse con rotundidad que la mera expectativa de encubrimiento no haya favorecido ya materialmente a la organización (véase POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa*, 2003, pp. 306 ss., cuando trata el desistimiento en los delitos de consumación anticipada). Concorre, más bien, la lógica del arrepentimiento.

¹³¹ De hecho, esta interpretación es más acorde con las normas generales en materia de participación. Como indica MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 426, “se admite generalmente que la promesa de favorecimiento posterior a la consumación, cuando es hecha con anterioridad al delito, constituye también cooperación y no encubrimiento”.

¹³² Un caso parecido al propuesto es resuelto por la STS 801/2000, ponente Bacigalupo Zapater: el miembro de una banda armada contactó con un sujeto a través de una llamada telefónica, el cual aceptó acogerle. Sin embargo, la ocultación no llegó a hacerse efectiva puesto que con anterioridad dicho perteneciente fue detenido por la policía. Ahora bien, en la sentencia no consta cuánto tiempo transcurrió entre uno y otro momento.

banda armada en cualquier momento, se crea una situación de riesgo potencial para los bienes jurídicos protegidos por los delitos-fin perseguidos por la organización terrorista.

b. Comienzo de la tentativa de colaboración y su ¿punición? así como la de los actos preparatorios

De la formulación defendida en este trabajo, a saber, que es posible distinguir entre las conductas de colaboración *per se* y un resultado espacio-temporalmente separado de aquéllas, se desprende que son imaginables muchos supuestos de colaboración (o de pertenencia) en los que la aportación queda estructuralmente en una fase del *iter criminis* anterior a la consumación. No obstante, desde esta perspectiva, la cuestión a tratar versa, desde el plano del ser, sobre el comienzo de la tentativa en el delito de colaboración con banda armada;¹³³ y, desde el plano del deber ser, sobre si hay que criminalizar tales conductas,¹³⁴ así como los actos preparatorios.

Respecto a la difícil fijación del momento de comienzo de la tentativa, la problemática no difiere de lo que ocurre en cualquier delito. Simplemente, teniendo en cuenta que los actos de colaboración con banda armada adelantan de modo excepcional las barreras de punición, el inicio de la tentativa ha de determinarse del modo más restrictivo posible, pero sin caer en inconsistencias ni dogmáticas, ni de política criminal. En consecuencia, pues, partiendo de la teoría de los actos intermedios, el inicio de ejecución en el delito de colaboración debe situarse en el momento en el que entre la conducta a enjuiciar y la plena disponibilidad de la aportación no existan actos intermedios esenciales.¹³⁵

Por el contrario, según la STS 1940/2002, ponente Andrés Ibáñez, la integración en un grupo de información de ETA sin haber realizado o participado en ningún hecho concreto consistente en la elaboración de datos constituye un acto de colaboración en grado de tentativa.

En consecuencia, situada la consumación en un momento muy posterior al elegido por el resto de la doctrina y por la jurisprudencia (1º); acogida la teoría más restrictiva posible en la fijación del comienzo de ejecución (2º); y, prevista una rebaja penológica para los casos de tentativa (3º), no considero que existan ni razones dogmáticas, ni de política-criminal respecto de los actos de colaboración que justifiquen una excepción a la regulación general *pro* punición. De hecho, los autores que limitan el castigo de la tentativa en esta figura lo hacen porque, al entender que se

¹³³ En España, con base en este planteamiento no aparecen problemas sobre el alcance de la tentativa tal y como se describe en el art. 16 CP, esto es, si, con base en su tenor literal -que incluye el vocablo 'resultado'-, es posible la punición de la tentativa en los delitos de actividad (cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001, p. 96).

¹³⁴ Un sector importante de la doctrina descarta la punición de la tentativa en los actos de colaboración desde un plano del deber ser. No es que la ley no lo permita, pero, por razones político-criminales no debería castigarse. Así, ARROYO ZAPATERO, *CPC*, (15), 1981, p. 412; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, 1997, p. 84; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en COBO DEL ROSAL (dir.), BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. II, 1983, p. 162; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, p. 212. De otra opinión, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1984, p. 247. Para un estudio más amplio sobre la tentativa en los delitos de asociación ilícita cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, 1977, pp. 324 ss.

¹³⁵ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, 2001, pp. 54 ss.

trata de un delito de mera actividad, avanzan mucho las barreras de punición, de modo que el castigo de la tentativa les parece insoportable.¹⁵⁶

En cambio, considero que los actos preparatorios no deberían ser punibles.¹⁵⁷ Teniendo en cuenta que, como se ha indicado, las conductas de colaboración con banda armada suponen un adelantamiento excepcional de las barreras de punición, la tipificación de su preparación implica castigar hechos demasiado alejados de la efectiva lesión de un bien jurídico. Cuestión distinta es, no obstante, que algunos actos preparatorios puedan tipificarse autónomamente (y de modo proporcional), como delitos específicos -por ejemplo, el entrenamiento de potenciales terroristas que resulta abortado por la policía (lo que se analizará a continuación en el siguiente apartado).

c. Manifestaciones de voluntad: puesta a disposición de una organización terrorista

Por último, dentro de la segunda variable relacionada con el momento a partir del cual es legítima la punición de los actos de colaboración, quedan por analizar los supuestos de manifestación de *voluntad* de la comisión de futuros delitos. En definitiva, hay que determinar si la colaboración es equiparable a la mera puesta a disposición de una organización terrorista, partiendo, de nuevo, del fundamento del castigo acogido. Así, ante todo, hay que distinguir según el modo como se realice esa manifestación de voluntad: o bien de manera explícita mediante la palabra, o bien a través de actos cuyo significado inequívoco implica ponerse a disposición de una banda, lo que ocurre cuando se inicia un entrenamiento para cometer delitos de terrorismo.

- Manifestaciones verbales de voluntad

En primer lugar, cuando una manifestación de voluntad verbal no implique objetivamente que la organización pueda contar con la aportación material o personal de ese sujeto a corto plazo, por ser materialmente imposible, debe tratarse como un caso atípico:¹⁵⁸ la organización ni dispuso ni pudo disponer de ninguna ayuda por lo que no se realizó ninguna aportación susceptible de pervivir en su seno. Por ejemplo, si el líder de una organización terrorista condenado a cadena perpetua manifiesta su deseo de reintegrarse en sus filas, no debe ser considerado ni miembro ni cooperador. Tal declaración de voluntad no puede ser constitutiva de ninguna clase de colaboración puesto que el sujeto no tiene la capacidad para realizar lo prometido. En otras palabras, es materialmente imposible que la banda armada pueda contar con su aportación.¹⁵⁹

¹⁵⁶ De nuevo, cfr. ARROYO ZAPATERO, *CPC*, (15), 1981, p. 412; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, 1997, p. 84; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en COBO DEL ROSAL (dir.), BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. II, 1983, p. 162; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, p. 212. Véase, también, CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios*, 2019, p. 249.

¹⁵⁷ De la misma opinión, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia*, 2008, p. 473; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, 1997, p. 185: “parece muy forzado pensar que el sistema penal pueda soportar la punición por conspiración de un acto preparatorio, cuando ya, por sí mismo y por su propia naturaleza, es excepcional la punición de éstos”. En contra, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1984, p. 247.

¹⁵⁸ También, ASÚA BATARRITA, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo*, t. I, 2006, p. 267.

¹⁵⁹ Ahora bien, tales afirmaciones no conllevan que sea imposible pertenecer a una organización terrorista desde la prisión si se prueba su contribución material efectiva.

En segundo lugar, aunque un sujeto declare su intención de ayudar a una organización terrorista y ello sea posible, puede ocurrir que la banda armada no tome en consideración su ofrecimiento, instantáneamente o después de un periodo de prueba,¹⁴⁰ o que tal manifestación no llegue a sus destinatarios (por ejemplo, en el caso de una carta que es interceptada). En estos casos, pues, dado que no ha existido ningún acto de favorecimiento a las actividades de una organización terrorista, tal conducta también debe considerarse atípica.¹⁴¹

En tercer lugar, si la promesa se realiza respecto a un concreto acto de cooperación, pero con posterioridad se demuestra que dicho sujeto nunca lo preparó materialmente ni empezó a ejecutar la aportación prometida, dicha declaración de voluntad tampoco alcanza el umbral típico del delito de colaboración. Se trata de promesas no seguidas de ejecución que no han aportado ninguna peligrosidad a la organización terrorista.

De otra opinión, aunque existe voto particular disidente, la STS 119/2007, ponente Martínez Arrieta, condena a un sujeto por pertenencia a banda armada terrorista. En dicho caso, una persona se comprometió con la organización terrorista *Al Qaeda* a crear una página web para difundir en internet la *yihad* (guerra santa), y, de este modo, captar adeptos en todo el mundo. Sin embargo, entre 1998, momento en el que dicho sujeto recibió los veintidós CDs que contenían la citada doctrina para colgarse en internet (el denominado “Proyecto de Divulgación”), hasta su detención en 2002, pasaron tres años y siete meses en los que dicho individuo no realizó ninguna actividad. Del mismo modo, la STS 541/2007, ponente Colmenero Menéndez de Luarca, considera miembro de banda armada a un sujeto que “aceptó colaborar con ETA aportando su apoyo al miembro activo de un comando”.

Por tanto, si una organización terrorista propone a alguien que colabore con sus actividades, por mucho que este sujeto acceda no puede ser castigado por un delito consumado,¹⁴² hasta que exista disponibilidad por parte de la banda de la aportación con la que se comprometió. Con anterioridad, a lo sumo existirá una proposición, punible de *lege lata* en España, por ejemplo, pero que, de *lege ferenda*, no debería serlo, como se ha indicado. En definitiva, pues, la idea general es que para que una banda terrorista pueda utilizar una concreta aportación realizada por un sujeto, de modo que sea susceptible de contribuir a la comisión de delitos-fin, la

¹⁴⁰ En este sentido, CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, p. 212, considera que no es decisivo para integrar el delito de pertenencia “que un sujeto desee con todas sus fuerzas ser aceptado en las filas de una organización, si ésta finalmente no lo encuentra conveniente y no lo acepta como miembro, quizás tras un período de prueba. No ha tenido, desde luego, la relación orgánica con la organización que puede ser denominada condición de miembro”.

¹⁴¹ *Mutatis mutandi* pueden servir las consideraciones realizadas y los ejemplos usados por GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, 2007, p. 183, respecto a supuestos de complicidad, a su juicio, atípicos: “una persona ofrece su ayuda a otra que está decidida a cometer un delito y ésta rechaza el auxilio ofrecido”, e, incluso, “se entrega una ganzúa al sujeto que va a cometer un robo y éste la acepta para no hacer un desaire, pero decidido desde un principio a no utilizarla”.

¹⁴² En este sentido, de modo excepcional, si se atiende al resto de jurisprudencia citada, la STS 783/2007, ponente Sánchez Melgar, establece que para aplicar el delito de colaboración terrorista no basta la disposición a colaborar. Así, considera atípica la conducta de un individuo que simplemente accedió a la propuesta de realizar seguimientos y de elaborar informaciones sobre posibles objetivos terroristas. A juicio de la Sala Segunda, “en este caso, lo que la sentencia recurrida atribuye al recurrente es una mera predisposición: al punto que se dice que ‘éste accede’ simplemente, pero no concreta si en efecto colaboró o no, y este déficit descriptivo impide la aplicación del art. 576 del Código penal”.

organización ha de poder contar efectivamente con ella. Por tanto, no existe un favorecimiento de tales características en las meras promesas y manifestaciones de intenciones.¹⁴³

Por otro lado, también puede suceder que la promesa de colaboración se refiera a un acto delictivo concreto. Así, cuando un sujeto se declara dispuesto a participar en un delito específico (“cuando decidáis matar a algún sujeto podéis contar con mi ayuda”), no podrá ser castigado hasta que se inicie la ejecución del tipo, siempre que en ese momento concurra alguno de los siguientes requisitos: o bien ya haya realizado alguna aportación material concreta (como la entrega del arma homicida), o bien se sepa cuál será su contribución durante o después de la ejecución (por ejemplo, ayudarlos a escapar del lugar del crimen).¹⁴⁴ Por tanto, rigen las normas generales sobre autoría y participación. Sólo a partir del inicio de la ejecución de un delito determinado su voluntad es concretada y se presenta como penalmente relevante en orden a la protección de la vida de la víctima escogida. En cambio, la mera promesa genérica no puede castigarse legítimamente a través de los delitos de pertenencia o de colaboración.

Por su parte, las mismas reglas son aplicables a los “terroristas suicidas” que se declaran dispuestos a inmolarse. De este modo, el Derecho penal puede intervenir legítimamente a partir del momento en que la organización les comunique que ha llegado su turno y los destinatarios acepten dicha propuesta específica, pero no antes. En concreto, dicho ofrecimiento constituye un delito de asesinato terrorista en grado de proposición (no previsto en todos los ordenamientos; por tanto, si la proposición no es punible hay que esperar a que se dé comienzo a la ejecución).

- Existencia de actos inequívocos: inicio del entrenamiento terrorista

Ciertamente, el caso límite lo constituye aquél en el que un sujeto que quiere integrarse en una organización terrorista en el futuro ya se está preparando para ello. Es decir, los supuestos en los que la manifestación de voluntad de formar parte de una banda armada no se realiza a través de la palabra sino de hechos concluyentes cuyo significado inequívoco implica estar a su disposición. A modo de interrogante: ¿quién se está entrenando es ya miembro o colaborador de una organización terrorista? En mi opinión, no, dado que el mero entrenamiento no crea ningún riesgo susceptible de pervivir en el seno de la organización. Son “expectativas de crecimiento” pero no fortalecimiento efectivo.¹⁴⁵ Para que concurra el delito de favorecimiento, es necesario que cada sujeto empiece a realizar actos de colaboración concretos, es decir, que ponga en práctica las tácticas de entrenamiento aprendidas. Hasta ese momento

¹⁴³ En este sentido, la SAN 6/2008, ponente Guevara Marcos, establece que el delito de pertenencia requiere al menos un acto “potencialmente eficaz, positivo y útil para las actividades de la organización, lo que no ocurre en supuestos de simple disponibilidad anímica a prestar ayuda”.

¹⁴⁴ No sigue este criterio la aludida STS 541/2007, ponente Colmenero Menéndez de Lurca.

¹⁴⁵ De nuevo, puede facilitar la planificación. Sin embargo, si finalmente quienes se entrenan no llegan a integrarse de un modo efectivo en la banda armada, el mero proyecto se queda sin efectivos (en sentido similar, CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, pp. 236-237; EL MISMO, en CUERDA RIEZU/JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*, 2009, p. 82, afirma que la asistencia a prácticas de entrenamiento “sólo en un sentido muy laxo puede entenderse como de apoyo a la organización –en la medida en que implica fortalecer, si no se produce una integración, las expectativas de crecimiento futuro de la organización”).

quienes se preparan son “aspirantes”, pero “todavía no son miembros del grupo armado, no ‘pertenecen’ al mismo”,¹⁴⁶ ni tampoco son colaboradores.

Ahora bien, ¿significa ello que no es legítimo el castigo autónomo de tales figuras?¹⁴⁷ En mi opinión, la respuesta es, de nuevo, no. Como indica SILVA SÁNCHEZ,¹⁴⁸ existen dos teorías contrapuestas del delito y, por tanto, del injusto. Por un lado, aquella en la que se concibe al injusto como negación de una norma. En este modelo “el delito se mueve en un plano simbólico, comunicativo o ético social”. Por otro lado, aquel que concibe el injusto “como lesión de un interés”. Para este modelo, el delito se mueve “en un plano empírico”. Ahora bien, ambos modelos no son practicables en su integridad. En casi todos los delitos, se entremezclan aspectos empíricos y simbólicos: “todo delito vulnera un imperativo de conducta, lesiona un interés individual o social, produce un efecto psicosocial de desorientación; y conmueve simbólicamente el edificio de la juridicidad”.

Dicho lo anterior, desde una concepción del injusto eminentemente empírica, el castigo de estos casos tiene su fundamento en el sujeto peligroso y no en el propio hecho, ya que el mero entrenamiento ni lesiona por sí mismo un bien jurídico –individual¹⁴⁹–, ni lo pone en peligro. Por tanto, desde esta perspectiva, la pena estaría situada en la órbita de las medidas de seguridad predelictuales características de un Derecho penal de autor.¹⁵⁰ Como establece PEÑARANDA RAMOS¹⁵¹, estaríamos ante algo que “puede interpretarse, como Feuerbach, como el castigo anticipado de un hecho futuro, fáctica y normativamente incierto, para el que el Estado carece de legitimación”, lo que, sentencia RODRÍGUEZ HORCAJO,¹⁵² “ya no sería propiamente una pena, lo que ya no sería propiamente Derecho penal”.

En consecuencia, su tipificación sólo puede justificarse con base en la segunda de las teorías del injusto mencionadas, y, en concreto, desde la lógica del injusto de los delitos de amenazas que recurre a la idea de protección de la seguridad.¹⁵³ En el ámbito que nos ocupa, el aspecto

¹⁴⁶ En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en COBO DEL ROSAL (dir.), BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. II, 1983, p. 155.

¹⁴⁷ Sobre las técnicas de anticipación de la punibilidad en Derecho Penal cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, pp. 35 ss.

¹⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, «Introducción», en CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, 2008, pp. 7 ss.

¹⁴⁹ Ciertamente, puede afectar un bien jurídico colectivo, pero entonces es porque en vez de adelantarse las barreras de punición, se adelanta el objeto de protección lo que, al fin y al cabo, tiene más que ver con la segunda de las teorías del injusto mencionadas, como ya se ha indicado, y como se profundizará a continuación en el texto (cfr. JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 313).

¹⁵⁰ Sobre el Derecho penal de la seguridad, véase SILVA SÁNCHEZ, «El retorno de la inocuidad. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», *LH-Barbero Santos*, t. I, 2001, p. 707.

¹⁵¹ PEÑARANDA RAMOS/BASSO, «La pena: Nociones generales», en LASCURÁIN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., 2015, p. 284.

¹⁵² RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, p. 59.

¹⁵³ Desde la perspectiva propuesta por JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 314-315, el injusto del delito de amenazas se define como una agresión contra la paz jurídica, de modo que se trata de un injusto parcial, porque no infringe las normas principales, sino “normas de flanqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales”. De este modo, como indica PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, 2005, p. 68, tal injusto “consiste en la afectación de la seguridad, y no en un peligro de lesión futura de bienes jurídicos individuales”.

comunicativo del comportamiento consistente en entrenarse puede ser lo suficientemente serio como para que sea legítimo su castigo. Que alguien sea sorprendido en un campo de entrenamiento promovido por una organización terrorista es una conducta idónea para afectar a la seguridad general de una sociedad. Ahora bien, de este modo, para que sea típico, dicho entrenamiento tiene que revestir una importancia tal susceptible de comunicar seriamente la peligrosidad subjetiva de una conducta, de modo que sea equivalente a una peligrosidad objetiva legitimadora de la intervención penal.¹⁵⁴

Establecido lo anterior, sólo es legítimo castigar desde esta perspectiva a aquellos sujetos que estén recibiendo entrenamiento militar por parte de una organización terrorista. Por ejemplo, a las personas que sean detenidas en un campo de entrenamiento de medio oriente dirigido por una banda armada, en el que se enseña el uso de armas, explosivos, etc. En este caso, creo, y para salvar las críticas de FEUERBACH al castigo anticipado de hechos futuros inciertos, la punición se basa en una lesión pasada o presente a la seguridad, pero no se adelanta a una ofensa futura,¹⁵⁵ lo que hace que podamos entender este castigo como una pena y no como una medida preventiva de otra naturaleza. Ahora bien, de este modo, por otro lado, por razones de proporcionalidad¹⁵⁶ - y también de disuasión¹⁵⁷-, la pena debería ser inferior a la prevista para los delitos de pertenencia y colaboración, adaptándose al injusto que tales amenazas representan.¹⁵⁸

En cambio, no podrá castigarse a quienes estén aprendiendo tácticas por ellos mismos, o a los sujetos que se estén entrenando para realizar actividades genéricas de soporte a una organización terrorista (como vigilar a personas para reunir información sobre sus movimientos, sin ser detectados); ni, tampoco, a quienes se ‘autoadoctrinen’ o simplemente se desplacen a ciertos países, como Afganistán¹⁵⁹ -cuya sanción es especialmente injusta (por inmerecida)-.

¹⁵⁴ En este sentido, los detractores de castigar en Alemania la asistencia a campos de entrenamiento como acto de apoyo a organización terrorista aluden a que se pena a “gente peligrosa”. Frente a esta postura, no obstante, el ex Ministro Federal alemán del Interior, Wolfgang Schäuble, afirmó que “quien se somete a una formación planificada en atentados en un campo del terror, no está allí organizando su tiempo libre: lo hace para cometer atentados” (cfr. CANCIO MELIÀ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, p. 237, n. 682; EL MISMO, en CUERDA RIEZU/JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*, 2009, p. 82, n. 37).

¹⁵⁵ Véase FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positive peinlichen Rechts*, 1799, p. 20.

¹⁵⁶ En tal sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en COBO DEL ROSAL (dir.), BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. II, 1983, p. 155, considera que la equiparación penológica entre la pertenencia y la asistencia a campos de entrenamiento “carece de fundamento técnico”. Sin embargo, las penas suelen ser equivalentes, cuando no superiores. Como se ha indicado, el caso más severo lo constituye el Reino Unido que prevé la posibilidad de cadena perpetua para los supuestos de entrenamiento (TA 2006, s.6[5][a]).

¹⁵⁷ Como ponen de relieve VON HIRSCH/BOTTOMS/BURNEY/WIKSTRÖM, *Criminal deterrence and sentence severity. An analysis of recent research*, 1999, pp. 41-43, asociar las penas de conductas de distinta gravedad, hace que desaparezca el desincentivo a cometer conductas más graves, las cuales pueden proporcionar mayores beneficios.

¹⁵⁸ No comparto la visión de PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, 2005, pp. 57 ss., para quien el mero acto de hacerse miembro de una organización expresa objetivamente una disposición subjetiva seria a delinquir. Para esta autora, el injusto de tal delito no puede explicarse en términos de peligrosidad objetiva para bienes jurídicos. Sin embargo, a su juicio, existe un equivalente funcional que suple este déficit de peligrosidad objetiva y explica el injusto de esta estructura, el cual consiste en la seria manifestación objetiva de la peligrosidad subjetiva del autor o del inicio de una conducción criminal de la vida al expresar su disposición a cometer delitos (lo que constituye una verdadera perturbación social).

¹⁵⁹ En España, cfr. el art. 575.2 (‘autoentrenamiento’ y ‘autoadoctrinamiento’) y 575.3 (traslado) CP. Sobre ellos, LLOBET ANGLÍ, «Lobos solitarios yihadistas: ¿terroristas, asesinos o creyentes? Hacia un derecho penal de autor», en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo*

Como afirma VON HIRSCH,¹⁶⁰ en estos supuestos, “la libertad de la persona es perdida simplemente porque algunas personas como él o ella delinquirán [en el futuro], y nosotros no podemos especificar cuál de ellos lo hará”. Así, el concepto clave es el de ‘falso positivo’, entendido aquí como aquel delincuente que es condenado a una pena, ya no sólo “mayor de la merecida estrictamente por su acto y culpabilidad”,¹⁶¹ sino que inmerecida del todo al no haber cometido ningún hecho lesivo, dado que con los métodos de predicción actuales se considera que los delincuentes de su grupo (con base en los elementos de edad, raza y religión) tienen una determinada probabilidad de cometer un acto terrorista en el futuro.

Y, finalmente, la misma razón justificaría el castigo de quienes entrenan o adiestran a terceros, siendo detenidos antes de haber enviado ningún efectivo a una organización terrorista. Sin embargo, de nuevo, quienes tienen como fin o bien captar sujetos para luego enviarlos a campos de entrenamiento o para participar en la *yihad*,¹⁶² o bien adoctrinarlos, no realizan una perturbación comunicativa lo suficientemente seria como para legitimar su punición. Para ser castigados como colaboradores se debe probar la puesta a disposición a la banda de efectivos concretos.¹⁶³

Ciertamente, esta interpretación restrictiva del delito de colaboración con banda armada implica la no neutralización de peligros que, tal vez, en el futuro cometerán hechos delictivos. No obstante, con base en una visión liberal de la pena y del Derecho penal, la sociedad tiene que

enfoque político criminal, 2017, pp. 87 ss.; y PUENTE RODRÍGUEZ, «La punición del autoadoctrinamiento terrorista: breve pasado y ¿breve futuro?», en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, 2017, pp. 143 ss. Además, por un lado, en relación a los denominados ‘terroristas retornados’ y otras medidas no penales adoptadas en estados democráticos, tales como la privación de la ciudadanía, véase COCA VILA, «Our ‘Barbarians’ at the Gate: On the Undercriminalized Citizenship Deprivation as a Counterterrorism Tool», *Criminal Law and Philosophy*, 2019, *passim*; y CANO PAÑOS, «La lucha contra la amenaza yihadista más allá del Derecho penal: análisis de los programas de prevención de la radicalización y des-radicalización a nivel europeo», *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, (4-2), 2018, *passim*, respecto a los programas de prevención de la radicalización a nivel europeo; y, por el otro, sobre las fases del proceso de radicalización islamista y su recepción en la jurisprudencia española véase CANO PAÑOS/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», *RECPC*, (20-15), 2018, pp. 1 ss.

¹⁶⁰ VON HIRSCH, «Incapacitation», en EL MISMO/ASHWORTH/ROBERTS (eds.), *Principled sentencing. Readings on theory and policy*, 3ª ed., 2009, p. 77.

¹⁶¹ Cfr. RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal*, 2016, pp. 59 s.

¹⁶² En este sentido, la STS 503/2008, ponente Colmenero Menéndez de Luarda, (“caso 11-M”) considera que ser persona de ideas radicales y violentas puede justificar una investigación, “pero no es suficiente para afirmar que se pertenece a una organización terrorista”, por llevar a cabo la captación de otras personas para que se unan a la *yihad*. Ahora bien, también hay ejemplos de condenas (STS de 26 de abril de 2017).

¹⁶³ Sin embargo, la STS 590/2008, ponente Maza Martín, condena a tres sujetos como miembros de organización terrorista por captar a otros para la participación en acciones violentas. Según indica: el Derecho Penal no “debe abandonar estas zonas en las que se comienza a vislumbrar un principio de organización cuyos fines y objetivos aparecen exteriorizados por los que comulgan con las ideas predicadas”. Ahora bien, tiene que reconocer que “esta modalidad terrorista, que sólo alumbraba un diagnóstico de probabilidad de futuras acciones, nos hace ser exigentes a la hora de aplicar el derecho penal de una sociedad democrática”.

asumir este riesgo a fin de maximizar la libertad individual.¹⁶⁴ En palabras de FRISCH:¹⁶⁵ “Quien quiere libertad debe estar dispuesto a pagar también el precio que va a ella unido de un Derecho penal solo limitadamente eficiente”, lo que significa que vayan a existir “‘riesgos residuales’ de peligrosidad”.¹⁶⁶ En última instancia, los riesgos que se derivan de sujetos peligrosos deben repartirse entre toda la sociedad democrática, es decir, debemos asumirlos todos,¹⁶⁷ siempre que queramos mantener este calificativo para autodenominarnos.

5. Relaciones concursales

Hasta aquí el análisis de los dos niveles de estudio apuntados. Queda ahora por ver, muy brevemente, y como punto de partida para un mayor desarrollo, la cuestión relativa a las relaciones concursales entre los delitos organizativos y los delitos que constituyen su meta, especialmente, cuando se agravan por el hecho de realizarlos como parte del crimen organizado. En concreto, hay que plantearse si la aplicación conjunta de ambas infracciones vulneraría el principio *non bis in idem*.

Comenzando por la solución acogida por nuestros operadores jurídicos, tanto la Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2011, como la jurisprudencia, se decantan por la solución del concurso (real) de delitos.¹⁶⁸ Ahora bien, desde esta lógica, los delitos organizativos se configuran como una agravante genérica de infracciones cometidas en el seno de una organización criminal (tanto intentadas, como consumadas). Y, esta consecuencia es criticable, al menos, desde las

¹⁶⁴ Así, PEÑARANDA RAMOS/BASSO, en LASCURÁIN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., 2015, p. 285.

¹⁶⁵ FRISCH, «Sicherheit durch das Strafrecht?», p. 686, citado por ROBLES PLANAS, «‘Sexual predators’. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *InDret Penal*, (4), 2007, p. 18.

¹⁶⁶ ROBLES PLANAS, *InDret Penal*, (4), 2007, p. 18.

¹⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 3ª ed., 2011, p. 710, texto y n. 46. Ahora bien, como pone de relieve Díez RIPOLLÉS, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», pp. 575 ss., la actual “*ideología de la distribución o reparto de riesgos entre individuo y sociedad*” se traduce en que “la sociedad rechaza hacerse cargo de los costes derivados de los riesgos de reincidencia delictiva”, que corren a cargo del propio delincuente. En el mismo sentido, PEÑARANDA RAMOS/BASSO, en LASCURÁIN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., 2015, pp. 285-286.

¹⁶⁸ A juicio de la Fiscalía General del Estado, en ningún caso la perpetración de los delitos planificados en el seno de la organización supondrá el desplazamiento de la aplicación de los tipos previstos en el art. 570 bis y 570 ter CP, sino que se mantiene que la mera participación o integración en dichas organizaciones es punible independientemente de los delitos cometidos en su seno. La excepción la constituye los tipos agravados basados en su comisión por miembros de organización o grupo. En este caso, se decanta por el concurso de leyes en favor del delito que prevea mayor pena (art. 8.4ª CP), entre: los tipos básicos correspondientes en concurso real con los arts. 570 bis y 570 ter, por un lado, y, por el otro, los subtipos agravados por motivos asociativos. Por su parte, la jurisprudencia aplica junto al delito de pertenencia la concreta infracción cometida (STS de 6 de febrero de 2018). Además, hay que indicar que el art. 570 quáter.2.II CP establece que cuando las conductas previstas en los arts. 570 bis y 570 ter estuvieran comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en el art. 8.4ª CP, esto es, el principio de alternatividad -pena más grave-. Sin embargo, los aplicadores jurídicos interpretan que esta previsión se refiere a otros preceptos asociativos, en especial, al art. 515 CP, que todavía castiga la asociación ilícita, a los subtipos agravados por motivo asociativo y a los arts. 571 y 572 CP (pertenencia a organización o grupo terrorista). Y ello no deja de tener lógica, puesto que de lo contrario se agravarían los casos más leves, pero no los más graves (es decir, se agravaría un hurto leve pero no un homicidio, dado que la pena de ser miembro de una organización que se dedica a la comisión de hurtos leves es más grave que la propia comisión del hurto).

siguientes dos perspectivas: por un lado, en cuanto a su técnica legislativa, porque se sitúa en la parte especial; y, por el otro, porque no toma en consideración la sistemática agravatoria de la parte especial seguida por el Código penal en relación con las organizaciones y grupos criminales. A saber, cuando el legislador así lo ha dispuesto existen agravaciones específicas en relación con determinados delitos cometidos a través de una organización o de un grupo criminal. En concreto, en la protección de determinados bienes jurídicos se ha tenido en cuenta la circunstancia de que el sujeto forme parte de una organización, grupo o asociación para tipificar una agravante específica.¹⁶⁹

En consecuencia, para evitar tales contradicciones, y, además, des del prisma del modelo de responsabilidad por el hecho propio acogida en este trabajo, la ejecución del delito-fin de la organización o el grupo no puede dar lugar a la existencia del delito asociativo.¹⁷⁰ Por tanto, para apreciar ambas figuras habrá que probarse la existencia de hechos distintos. Es decir, si se prueba, por un lado, que un sujeto realizó conductas genéricas de favorecimiento a la actividad criminal de la organización desligadas de cualquier delito concreto, y, por el otro, su intervención en los delitos realizados por la organización, existen dos hechos diferentes que legitiman la doble punición. En estos casos, el fundamento del castigo de ambas infracciones persiste, puesto que hay que punir el concreto delito ejecutado y también la (peligrosa) ayuda genérica prestada a la organización para la comisión de futuros delitos. Por ello, no se puede hablar de conculcación del principio *non bis in idem* pero sólo porque falta uno de los elementos que lo caracteriza: doble castigo por unos mismos hechos. Por el contrario, si sólo se consigue probar que una persona, bien como autora, bien como partícipe, realizó uno o varios de los delitos-fin (consumado, intentado o preparado) en cuanto miembro o colaborador de la organización a la que pertenece, se tiene que aplicar el principio de subsidiariedad (art. 8.3ª CP) en favor de la pena del delito-fin.¹⁷¹

¹⁶⁹ Véanse los siguientes preceptos: arts. 138 y 140 CP (homicidio y asesinato); art. 177 bis.6 CP (trata de seres humanos); art. 183.4 f) CP (abusos y agresiones sexuales a menores de trece años); art. 187.4 CP (prostitución y corrupción de menores); art. 197.8 CP (descubrimiento y revelación de secretos); art. 271 c) CP (propiedad intelectual); 276 c) CP (propiedad industrial); art. 302.1 CP (receptación y otras conductas afines); art. 318 bis.4 CP (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros); arts. 369.1.2ª, 369 bis, 370.2º y 3º y 371.2 CP (tráfico de drogas); y art. 386 *in fine* CP (falsificación de moneda y efectos timbrados).

¹⁷⁰ En cambio, desde la óptica de los delitos asociativos como infracción a bienes supraindividuales no hay problemas en considerar que una misma conducta, la ejecución del delito-fin, vulnera dos intereses distintos: el supraindividual (llámese como se llame: paz pública, orden público, seguridad general, etc.); y el bien individual efectivamente atacado. Es más, no debería haber problema, tampoco, en aplicar conjuntamente los tipos asociativos y los supuestos agravados por pertenencia del autor a una organización.

¹⁷¹ En este sentido, el art. 577.1.III CP establece que: “Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas se impondrá la pena prevista en este apartado en su mitad superior. *Si se produjera la lesión de cualquiera de estos bienes jurídicos se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos*”. En cambio, nada se dice con relación a los miembros. Sin embargo, si la diferencia entre ambas figuras es cuantitativa, y no cualitativa, debería regirse por las mismas normas. Ahora bien, esta solución, en algunos casos, es de *lege lata* problemática en relación con el principio de proporcionalidad. A saber, habrá supuestos en los que el castigo de los miembros genéricos de una organización que se dedique a la persecución de delitos leves será más alto que la que se imponga a los miembros autores por la ejecución de tales hechos. Por ejemplo, la pena prevista para quienes pertenezcan a una organización que persiga la comisión de delitos leves es de 1 a 3 años en todo caso (art. 570 bis.1 CP), mientras que la pena del delito de hurto leve es de multa (art. 234.2 CP). Ciertamente, ello se solventaría si se incluyese una cláusula que evitase castigar con más pena a los miembros y colaboradores genéricos que a los autores de los delitos-fin perseguidos por la organización o el grupo, al estilo de lo previsto en el delito de encubrimiento (art. 452 CP: “En ningún

6. Conclusiones

En la determinación de la relevancia jurídico-penal de la criminalidad organizada corresponde distinguir dos niveles. En primer lugar, se tiene que decidir qué es una asociación criminal con base en dos parámetros de valoración: a saber, el estructural (número de personas que la conforman, relación entre ellas y estabilidad o no en el tiempo) y el teleológico (gravedad de los delitos perseguidos). Así, en España, la regulación de las organizaciones y los grupos criminales prevista en los arts. 570 bis y 570 ter CP, respectivamente, es, de *lege lata*, muy expansiva. No obstante, por un lado, es precisa una interpretación sistemática y teleológica que restrinja el alcance de los tipos, y, por el otro, de *lege ferenda*, convendría limitar su ámbito exigiendo tanto la comisión de delitos graves, como (cierta) permanencia temporal para la reiteración de delitos. En definitiva, jurídico-penalmente hay que distinguir entre *criminalidad organizada* y *comisión organizada de un delito (codelincuencia)*.

En segundo lugar, el posterior nivel de análisis consiste en la determinación de la responsabilidad individual de quienes contactan con tales estructuras reputadas delictivas, es decir, qué relación orgánica con aquellas ha de desvalorarse jurídico-penalmente. Los textos legales suelen distinguir dos grandes categorías: los miembros y los colaboradores. Por tanto, por un lado, hay que deslindarlas y, por el otro, limitarlas, dada la indeterminación de su descripción normativa. Así, respecto a lo primero, es preferible trazar su distinción en términos cuantitativos, adaptando la pena en función de la ayuda prestada. De este modo, el miembro de una asociación criminal se caracteriza porque realiza permanentemente una o más tareas para aquella, por lo que ostenta una posición estable en el organigrama del grupo. En cambio, el colaborador lleva a cabo actos ocasionales, no extendidos en el tiempo, sin que pueda contarse con su cooperación *a priori*.

Respecto a lo segundo, esto es, los límites de estos tipos con base en el “modelo de responsabilidad por el hecho propio” acogido en el trabajo, sólo puede ser legítimo el castigo de aquellas aportaciones genéricas individuales cuyo riesgo pueda ser actualizado en cualquier momento y concretado en un delito específico. De este modo, de *lege ferenda*, las conductas favorecedoras de la ejecución de delitos-fin de la asociación delictiva tendrían que presentar alguna de las siguientes estructuras: 1. actos de colaboración que constituyan participación punible en un delito concreto si se iniciara su ejecución; 2. aportaciones que tengan efectos estables sobre la organización y pueda estimarse que favorecen por sí solas su existencia; o ayudas de menor entidad, pero susceptibles de actualizarse en cualquier momento y materializarse en un delito concreto -aunque en estos casos la pena de prisión tendría que ser inferior, y preverse la multa para los supuestos rayanos a la insignificancia-. En cambio, deberían ser atípicos los aportes: bien insignificantes, bien inútiles y/o inocuos, bien ideológicos, bien en fase de preparación o tentativa, bien solamente prometidos -y, en la medida de lo posible, estos parámetros deberían guiar al intérprete en la aplicación de tales delitos-.

Ciertamente, el caso límite lo constituye el entrenamiento para convertirse en terrorista. Ahora bien, tal conducta no crea, *per se*, ningún riesgo susceptible de pervivir en el seno de la organización, por lo que no puede subsumirse en los delitos de pertenencia ni de colaboración.

caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto”). Todo ello, a la postre, pone en evidencia: por un lado, que no se haya limitado el catálogo de delitos que debe perseguir una organización o un grupo para refutarse criminales, como ya se ha indicado; y, por el otro, las altas penas previstas para conductas que quedan muy lejanas a la efectiva lesión de un bien jurídico.

Sin embargo, su tipificación puede justificarse desde la lógica del injusto de los delitos de amenazas que recurre a la idea de protección de la seguridad. En cambio, no debería castigarse a quienes estén aprendiendo tácticas por ellos mismos, o a los sujetos que se estén entrenando para realizar actividades genéricas de soporte a una organización terrorista; ni, tampoco, a quienes se ‘autoadoctrinen’ o simplemente se desplacen a ciertos países. Finalmente, la misma razón justificaría el castigo de quienes entrenan o adiestran a terceros, sin puesta a disposición de la banda, pero no a quienes tienen como fin o bien captar sujetos para luego enviarlos a campos de entrenamiento o participar en la *yihad*, o bien adoctrinarlos. En estos casos, no se realiza una perturbación comunicativa lo suficientemente seria como para legitimar su punición.

7. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO (2001), *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Edisofer, Madrid.

————— (2001), «La protección de futuro y los daños cumulativos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (54-1), pp. 143 ss.

ALEO (2005), *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, 2ª ed., Giuffrè, Milano.

ARGIRÒ (2003), «Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (46-3), pp. 768 ss.

ARROYO ZAPATERO (1981), «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo», *Cuadernos de Política Criminal*, (15), pp. 379 ss.

ASÚA BATARRITA (2006), «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal. Delitos de terrorismo, ‘finalidades terroristas’ y conductas periféricas», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. I, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, pp. 239 ss.

BARAZZETTA (2015), «Art. 416-bis», en DOLCINI/GATTA (dir.), *Codice penale commentato*, t. II, 4ª ed., Wolters Kluwer, pp. 1.639 ss.

BARBER BURUSCO (2004), *Los actos preparatorios del delito: conspiración, proposición y provocación*, Comares, Granada.

BASSO (2019), *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo.

————— (2017), «Sobre la relevancia de las penas mínimas. Una reflexión a partir del caso Mesa Nacional Herri Batasuna (STC 136/1999, de 20 de julio) », en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 239 ss.

BECK (2003), *Sobre el terrorismo y la Guerra*, Paidós Ibérica, Barcelona.

BOCANEGRA MÁRQUEZ (2020), *Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Barcelona.

BORRELLI (2005), «Contiguità mafiosa e delitti di favoreggiamento dopo la sentenza Carnevale», *Cassazione Penale*, (45-7/9), pp. 2.249 ss.

————— (2005), «Tipizzazione della condotta e nesso di causalità nel delitto di concorso in associazione mafiosa», *Cassazione Penale*, (45-12), pp. 3.763 ss.

BUSTOS RUBIO (2017), *Delitos acumulativos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CADENA SERRANO (2019), «Delito de colaboración con organización terrorista», *La Ley*, (9466), pp. 1 ss.

CAMPO MORENO (2000), *Los actos preparatorios punibles*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CAMPO MORENO (1997), *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CANCIO MELIÁ (2010), *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid.

————— (2009), «Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código Penal español», en CUERDA RIEZU/JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, pp. 73 ss.

————— (2007), «Algunas consideraciones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación», en FARALDO CABANA (dir.), PUENTE ABA/SOUTO GARCÍA (coords.), *Derecho Penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 161 ss.

————— (2007), «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado», *Revista General de Derecho Penal*, (8), pp. 1 ss.

CANO PAÑOS (2018), «La lucha contra la amenaza yihadista más allá del Derecho penal: análisis de los programas de prevención de la radicalización y des-radicalización a nivel europeo», *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, (4-2), pp. 177 ss.

CANO PAÑOS/CASTRO TOLEDO (2018), «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 Ciencia Penal y Criminología*, (20-15), pp. 1 ss.

CAPITA REMEZAL (2008), *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, COLEX, Madrid.

Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo español 3/1975, sobre Criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975.

Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales

Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP.

COCA VILA (2019), «Our 'Barbarians' at the Gate: On the Undercriminalized Citizenship Deprivation as a Counterterrorism Tool», *Criminal Law and Philosophy*, pp. 149 ss.

CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN/BESIO HERNÁNDEZ (2011), «De las organizaciones y grupos criminales», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1.113 ss.

CORVI (2005), «Requisiti e limiti della partecipazione nel reato di associazione a delinquere», *Diritto Penale e Processo*, (11-5), pp. 600 ss.

————— (2004), «Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (47-1), pp. 242 ss.

CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (2019), *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*, Aranzadi, Madrid.

DE FRANCESCO (2012), «Il concorso esterno all'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità», *Cassazione Penale*, (52-7/8), pp. 2.552 ss.

DE LEO (2006), «Aspettando un legislatore che non si chiami Godot. Il concorso esterno dopo la sentenza Mannino», *Cassazione Penale*, (46-5), pp. 1.994 ss.

DE VERO (1997), «Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (9-11), pp. 42 ss.

DE LA CORTE IBÁÑEZ/DE MIGUEL CALVO (2008), «Aproximación psicosocial al análisis de los movimientos terroristas», en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Cizur Menor, Navarra, pp. 325 ss.

DEMETRIO CRESPO (1999), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, Salamanca.

DENORA (2004), «Sulla qualità di cocorrente 'esterno' nel reato di associazione di tipo mafioso», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (47-1), pp. 353 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS (2006), «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. I, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, pp. 553 ss.

FARALDO CABANA (2013), «Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el Código penal español», *Revista de Estudios de la Justicia*, (19), pp. 13 ss.

————— (2012), *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Tirant lo Blanc, Valencia.

FEIJÓO SÁNCHEZ (2007), *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.

————— (2006), «Sobre la ‘administrativización’ del Derecho Penal en la ‘sociedad del riesgo’. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI», en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, COLEX, Madrid, pp. 137 ss.

————— (2000), «Recensión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens (La punibilidad de la negación de la existencia de Auschwitz)*, de Thomas WANDRES. Duncker & Humblot (Strafrechtliche Abhandlungen, N. F., tomo 129), Berlín, 2000, 338 páginas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 1.187 ss.

FEUERBACH (1799), *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (2008), *Ley de partidos políticos y derecho penal. Una nueva perspectiva en la lucha contra el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

FERRACUTI (1984), en DEL CAMPO, S. (dir.), *Terrorismo Internacional*, Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid.

FIANDACA (2012), «Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica», *Diritto Penale Contemporaneo-Rivista Trimestrale*, (1), pp. 251 ss.

————— (2012), «Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace», *Legislazione penale*, (32-3/4), pp. 695 ss.

————— (2003), «La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno», *Legislazione penale*, (23-3/4), pp. 691 ss.

FUENTES OSORIO (2007), *La preparación delictiva*, Comares, Granada, 2007.

GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO (1996), *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid.

GARCÍA ARÁN (2004), «De los delitos de terrorismo», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 2.603 ss.

GARCÍA DEL BLANCO (2010), «Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 553 ss.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1983), «Asociaciones ilícitas y terroristas», en COBO DEL ROSAL (dir.), BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal. El Derecho Penal del Estado Democrático*, t. II, Madrid, pp. 109 ss.

————— (1977), *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona.

GARCÍA RIVAS/LAMARCA PÉREZ (2010), «Organizaciones y grupo criminales», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 503 ss.

GILI PASCUAL (2012), «Pérdida de control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), pp. 1 ss.

GIMBERNAT ORDEIG (2007), *Autor y cómplice en Derecho Penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.

GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (2008), «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, (3), pp. 34 ss.

GROSSO (2003), «Il concorso esterno nel reato associativo: un'evoluzione nel segno della continuità», *Legislazione penale*, (23-3/4), pp. 685 ss.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS (2006), *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información. Los peligros de estrategias antiterroristas desbocadas*, Edisofer, Madrid.

GUGLILMO (2016), «Nuove norme in materia di terrorismo», en GAROFOLI/TREU (dirs.), *Libro dell'anno del Diritto 2016 Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma (disponible en: http://www.treccani.it/magazine/diritto/libro_anno_diritto/Indice_2016.html).

IACOVIELLO (2001), «Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato», *Cassazione Penale*, pp. 2.073 ss.

INSOLERA (2008), «Ancora sul problema del concorso esterno nei reati associativi», *Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale*, (51-2), pp. 632 ss.

JAIME-JIMÉNEZ/CASTRO MORAL (2010), «La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (91), pp. 173 ss.

JAKOBS (2006), «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Cizur Menor, Navarra, pp. 21 ss.

————— (2000), «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», en *El sistema funcionalista del Derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal. (Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000)*, Grijley, Lima, pp. 165 ss.

————— (1997), «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico», en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, pp. 293 ss.

LAQUEUR (2003), *Una historia del terrorismo*, Planeta, Barcelona.

LAMARCA PÉREZ (2007), «Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista», *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, (41), pp. 1 ss.

————— (1984), *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid.

LAMPE (1994), «Systemunrecht und Unrechtssysteme», *Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft*, (106), pp. 683 ss.

LLOBET ANGLÍ (2017), «Lobos solitarios yihadistas: ¿terroristas, asesinos o creyentes? Hacia un derecho penal de autor», en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 87 ss.

————— (2010), *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley, Madrid.

LÓPEZ PEREGRÍN (1997), *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

LORENZO SALGADO (2018), «El tipo atenuado ‘en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable’ previsto en el párr. 2º del art. 368 del Código penal», en SUÁREZ LÓPEZ/BARQUÍN SANZ/BENÍTEZ ORTÚZAR/JIMÉNEZ DÍAZ/SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, t. II, Dykinson, Madrid, pp. 1201 ss.

LUZÓN PEÑA (1995), «Causas de atipicidad y causas de justificación», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, pp. 21 ss.

MACCHIA (2003), «‘Concorso esterno’, storia di una creazione giurisprudenziale – Dopo vari tentativi ecco una ricostruzione esauriente», *Diritto e Giustizia*, (22), pp. 34 ss.

MAIELLO (2014), «Sul preteso carattere permanente del concorso esterno», *Diritto Penale Contemporaneo-Rivista Trimestrale*, (2), pp. 40 ss.

MARINUCCI/DOLCINI/GATTA (2019), *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 8ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano.

MARTÍNEZ SANROMÀ, *inédito*.

Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado (2018).

MESTRE DELGADO (1987), *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Madrid.

MIR PUIG (2015), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

MOLINA FERNÁNDEZ (2005), «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 691 ss.

MONTIEL FERNÁNDEZ (2009), *Analogía favorable al reo: fundamentos y límites de la analogía in bonam parte en el Derecho penal*, La Ley, Madrid.

MORAL DE LA ROSA (2005), *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Estudios Financieros, Madrid-Barcelona-Valencia.

MOROSINI (2006), «La difficile tipizzazione giurisprudenziale del ‘concorso esterno’ in associazione», *Diritto Penale e Processo*, (5), pp. 585 ss.

MUÑOZ CONDE (2017), *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

ORTS BERENGUER (1978), *Atenuante de análoga significación*, Universidad de Valencia, Valencia.

OTERO GONZÁLEZ (2003), *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PAREDES CASTAÑÓN (2008), «Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada. Comentario a la sentencia de la audiencia nacional de 19 de diciembre de 2007 (caso Ekin)», *La Ley*, (6906), pp. 1 ss.

PASTOR MUÑOZ (2006), «El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del ‘peligro del peligro’», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. II, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, pp. 523 ss.

————— (2006), «¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, 365 págs», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), pp. 1 ss.

————— (2005), *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona.

PAPA (2003), «Un baco nel ‘sistema’? Il concorso esterno nell’associazione mafiosa di nuovo al vaglio delle sezioni unite tra prospettive di quarantena e terapie palliative», *Legislazione Penale*, pp. 697 ss.

PEÑARANDA RAMOS/BASSO (2015), «La pena: Nociones generales», en LASCURÁIN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, pp. 255 ss.

POZUELO PÉREZ (2003), *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PUENTE RODRÍGUEZ (2017), «La punición del autoadoctrinamiento terrorista: breve pasado y ¿breve futuro?», en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 143 ss.

PUENTE RODRÍGUEZ/LLOBET ANGLÍ (2019), «Norma de sanción y norma de conducta: ¿por qué castigamos más cuando queremos castigar menos? Una reflexión al hilo del nuevo art. 579 bis 4 CP», *La Ley Penal*, (141), pp. 1 ss.

REINARES NESTARES (1998), *Terrorismo y Antiterrorismo*, Paidós Ibérica, Barcelona-Buenos Aires-México.

REINARES/GARCÍA-CALVO/VICENTE (2019), «Yihadismo y yihadistas en España. Quince años después del 11-M», Real Instituto Elcano ((disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/7c5ffe5f-3455-4d99-b5ee-bf24da041511/yihadismo-yihadistas-espana-quince-anos-despues-11-M.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7c5ffe5f-3455-4d99-b5ee-bf24da041511>)).

ROBLES PLANAS (2007), «‘Sexual predators’. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *InDret. Revista para el Análisis, del Derecho*, (4), pp. 1 ss.

————— (2003) *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

RODRÍGUEZ HORCAJO (2016), *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo.

ROXIN (1972), *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, Barcelona.

RUIZ LANDÁBURU (2002), *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (2008), «Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales», en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Cizur Menor, Navarra, pp. 451 ss.

————— (2006), «Alternativas al Derecho Penal del enemigo desde el Derecho Penal del ciudadano», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, pp. 845 ss.

————— (2005), *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid.

————— (1999), *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (2006), «La tipificación de conductas de apología del delito», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. II, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, pp. 893 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2018), *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona.

————— (2011), *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires.

————— (2008), «Introducción», en CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, pp. 1 ss.

————— (2004), «¿‘Pertenencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertenencia a una organización criminal’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1.069 ss.

————— (2001), «El retorno de la inocuidad. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, t. I, pp. 699 ss.

TRAPERO BARREALES (2018), «La cláusula atenuatoria del art. 385 ter Código Penal: el apoyo legal para la interpretación de (algunos de) los delitos contra la seguridad vial», en SUÁREZ LÓPEZ/BARQUÍN SANZ/BENÍTEZ ORTÚZAR/JIMÉNEZ DÍAZ/SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2018), *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, t. II, Dykinson, Madrid, pp. 1.717 ss.

VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS (2004), «La atenuante de análoga significación», en QUINTERO OLIVARES (dir.), MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Cizur Menor, Navarra, pp. 222 ss.

VIGANÒ (2005), «Riflessioni conclusive in tema di ‘diritto penales giurisprudenziale’ ‘partecipazione’ e ‘concorso esterno’», en VIGANÒ/PICOTTI/FORNASARI/MELCHIONDA (2005), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all’analisi e a la critica del diritto vivente (Atti del convegno tenuto a Brescia il 19 e 20 marzo 2004)*, Cedam, pp. 279 ss.

VON HIRSCH (2009), «Incapacitation», en VON HIRSCH/ASHWORTH/ROBERTS (eds.), *Principled sentencing. Readings on theory and policy*, 3ª ed., Hart Publishing, Oxford, pp. 75 ss.

————— (1988), «Selective incapacitation reexamined: The National Academy Sciences’ Report on Criminal Careers and ‘careers criminal’», *Criminal Justice Ethics*, (7), pp. 19 ss.

VON HIRSCH/BOTTOMS/BURNEY/WIKSTRÖM (1999), *Criminal deterrence and sentence severity. An analysis of recent research*, Bedfordshire.

WALKER (2014), *Blackstone's Guide to the Anti-Terrorism Legislation*, 3ª ed., Clive Walker, Oxford.

ZIFFER (2008), «El delito de asociación ilícita frente al 'Derecho Penal en expansión'», en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Cizur Menor, Navarra, pp. 495 ss.

ZUGALDÍA ESPINAR (1999), «Comentario al artículo 21.6», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, Edersa, Madrid, pp. 793 ss.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (2009), *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de la organización criminal*, Comares, Granada.