

TERRORISMO Y SEGURIDAD: ¿UN DERECHO PENAL DE ENEMIGO?

John Vervaele

Artículo publicado en la Revista de la Comunidad Jurídica de Occidente, Año 1, Semestre 2, Edición: Julio-Diciembre 2018.

I) INTRODUCCIÓN

Vivimos en tiempos de atentados terroristas reivindicados por organizaciones que los justifican en nombre del islam y de la guerra santa contra sus enemigos. Por cierto, estos atentados no se ejecutan solo en las zonas de conflicto, como Siria, Irak, Yemen, Libia y Afganistán, sino a escala internacional y global. Movimientos como ISIS tienen como arma de lucha la globalización y digitalización de su guerra santa. En los últimos años vemos también una creciente participación de jóvenes (de origen islámico y convertidos) en estos conflictos y en la ejecución de los atentados terroristas.

Estos jóvenes no son de origen de la zona del conflicto y una parte sustancial vienen de países Europeos. Estos llamados “combatientes terroristas extranjeros” contribuyen tanto a actos violentos en la zona de combate, en la zona de ocupación territorial (como por ejemplo en Mosul y en Raqqa), como a atentados en países europeos, como recientemente en Francia y Bélgica (Charly Hebdo, Bataclan, aeropuerto y metro en Bruselas).

Una parte de ellos no fueron a la zona de conflicto y tampoco estuvieron implicados en actos terroristas en Europa. Sin embargo están etiquetados como “combatientes terroristas extranjeros”, debido a su radicalización y a su potencial de involucrarse. El riesgo y el peligro les convierte en terroristas.

A la luz de este fenómeno vemos una creciente actividad legislativa y operativa penal a nivel internacional para frenar la actividad terrorista y para investigar y castigar a los responsables de los atentados. La novedad penal consiste sobre todo en neutralizar a tiempo, de manera preventiva y proactiva, la posible radicalización y participación de estos jóvenes en el yihadismo internacional. El uso del derecho penal como arma preventiva es

La novedad penal consiste sobre todo en neutralizar a tiempo, de manera preventiva y proactiva, la posible radicalización y participación de jóvenes (de origen islámico y convertidos) en el yihadismo internacional.

problemático en sí y lo es aún más en el campo del terrorismo internacional, visto que muchos de los conflictos en países árabes tienen un componente altamente político e ideológico.

En primer lugar nos tenemos que plantear en qué medida la internacionalización de la respuesta penal es nueva

y transforma los conceptos y principios de nuestros sistemas penales. En segundo lugar merece la pena analizar en qué medida el contenido de esta respuesta penal es nueva y transforma los conceptos y principios de nuestros sistemas penales.

IV. DERECHO PENAL Y TERRORISMO

1. Enfoque histórico e Internacional - Atentados violentos con finalidad política son obviamente no el monopolio de nuestros tiempos recientes. El final del siglo XIX fue por ejemplo caracterizado por rebeliones violentas de las clases populares y actos violentos de movimientos anarquistas. En aquellos tiempos estos actos no fueron definidos como de terrorismo, sino más bien de subversión o crímenes contra la seguridad del estado.

Vistas las atrocidades cometidas durante la primera guerra mundial que se discuten en el marco de la Sociedad de Naciones (predecesor de Naciones Unidas) y en el Congreso del AIDP en 1925, un nuevo régimen jurídico relativo a la responsabilidad penal del Estado por delitos contra otros Estados o colectividades fue propuesta. Es V. Pella quien elabora en 1925 un informe sobre crimen de guerra de agresión como crimen de Estado. Él elabora también las nociones básicas de su "Code Répressif des Nations", basado en la limitación de la absoluta independencia de los Estados y de su soberanía externa con el fin de proteger el orden y la justicia internacional.

El establecimiento de un nuevo régimen de justicia penal internacional fracasó en el periodo entre guerras. Sin embargo, tras la muerte violenta del Rey de Yugoslavia y del ministro de Justicia de Francia en Marsella causadas por terroristas croatas, los Estados estuvieron dispuestos a ponerse de acuerdo sobre el Convenio de 1937 para la Prevención del Terrorismo y sobre un Convenio vinculado para la creación de una Corte Penal Internacional en la Sociedad de Naciones, con sede en la Haya, para enjuiciar los delitos de terrorismo.¹ La doctrina de entonces criticó ya el conjunto de la configuración del Convenio sobre el terrorismo por carecer de seguridad jurídica, debido a tipos penales muy abiertos y actos preparatorios muy extensivos. Las Convenciones nunca entraron en vigor debido a la segunda guerra mundial.

Desde la década del 60, a partir de los primeros actos de piratería aérea, la comunidad internacional -tanto a nivel global como a nivel regional- ha ido

elaborando convenios internacionales para prevenir y sancionar penalmente en los Estados actos de violencia terrorista.

La comunidad internacional, bajo los auspicios de la ONU el del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) ha creado 19 convenios (llamados "suppression conventions") para prevenir y sancionar penalmente los actos terroristas. Algunos convenios tienen directamente relación con la aviación civil, como por ejemplo el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las Aeronaves (1963) o el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos relacionados con la Aviación Civil Internacional (2010). Otros tienen relación con la protección de personal internacional, como por ejemplo la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (1979) o con modus operandi específicos, como por ejemplo el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (1997) o el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999).

Desde 1996² se está negociando en la ONU una Convención comprensiva sobre terrorismo con el objetivo de criminalizar todas las formas de terrorismo, incluyendo la financiación y otros actos preparativos o de sostén material. Las negociaciones, que se realizaron en el Comité ad-hoc sobre terrorismo y el 6º, Comité legal están desde 2013 en un punto muerto. Problema principal es la definición del terrorismo. ¿Cuál es la diferencia entre un grupo terrorista y un grupo rebelde de liberación? ¿Se excluyen de la definición actos terroristas cometidos por ejércitos o se excluye el terrorismo de estado?

Después de la primavera árabe, el auge de conflictos violentos en Irak, Afganistán, Siria y Yemen y sobre todo el éxodo de jóvenes árabes y convertidos a las zonas de conflicto, especialmente Siria, la comunidad internacional se ha concentrado cada vez más sobre el al terrorismo islámico. La amenaza de los talibanes, del Estado Islámico de Iraq y el Levante (EIL), el Frente Al Nusra, etc. han justificado una respuesta penal aún más amplia.

¹ Se pueden encontrar los documentos en la Revista Internacional de Derecho Penal del AIDP en el volumen Documentación Histórica de la Asociación (1926-2014), 2015, nr. ¾, 851-914.

² Establecido por la Resolución 51/210 de 17 Diciembre 1996, que refiere a Resolución 49/60 de 9 Diciembre 1994 y Resolución 50/53 de 11 Diciembre 1995 que reclaman medidas para eliminar el terrorismo internacional.

El Consejo de Seguridad de la ONU aprobó en 2014, unánimemente y apoyándose en el Capítulo VII de la Carta, la Resolución 2178 que se ocupa inter alia de la amenaza por parte de los combatientes terroristas extranjeros, a saber, las personas que viajan a un Estado distinto de su Estado de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o de proporcionar o recibir adiestramiento con fines terroristas, incluso en relación con conflictos armados. La resolución, vinculante para todos los Estados parte a la ONU, impone claramente una expansión del derecho penal aún más amplia:

“5. Decide que los Estados Miembros deberán, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario, prevenir y reprimir el reclutamiento, la organización, el transporte o el equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad para cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o para proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, y la financiación de sus viajes y actividades;

6. Recuerda su decisión contenida en la resolución 1373 (2001) de que todos los Estados Miembros velen 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, y decide que todos los Estados se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se pueda enjuiciar y sancionar de modo que quede debidamente reflejada la gravedad del delito:

a) A sus nacionales que viajen o intenten viajar a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, y demás personas que viajen o intenten viajar desde sus territorios a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo;

b) La provisión o recaudación intencionales de fondos, por cualquier medio, directa o indirectamente, por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para financiar los viajes de personas a un Estado distinto de sus Estados de

residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo; y,

A raíz de los conflictos violentos en el Oriente Medio después de la primavera árabe, la comunidad internacional se ha concentrado cada vez más en el terrorismo islámico.

c) La organización u otro tipo de facilitación deliberadas, incluidos actos de reclutamiento, por sus nacionales o en sus territorios, de los viajes de personas a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo.”

A pesar de la falta de unanimidad en la comunidad internacional sobre el papel del derecho penal para contrastar el terrorismo, no hay duda que hay en los 19 convenios internacionales y en las resoluciones de la ONU una clara expansión del derecho penal.

Éstos no solo obligan a tipificar conductas violentas con daños concretos, sino que cada vez más obligan también a tipificar actos preparatorios y anticipativos que consisten en meros actos de peligrosidad en abstracto o en concreto, como pueden ser ciertos actos de glorificación o financiación³. Además lo vinculan con obligaciones en materia de jurisdicción y cooperación internacional.

La falta de unanimidad a nivel internacional no ha impedido avances importantes a nivel regional, por ejemplo en el continente Europeo.

2. Enfoque europeo - El fenómeno del terrorismo y de la legislación anti-terrorista penal está

³ La Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, ONU, 1999 es un muy buen ejemplo.

muy arraigado en algunos países europeos, principalmente por el problema de terrorismo doméstico, como ETA/GRAPO en España, IRA en Inglaterra, Brigate Rosse en Italia, RAF en Alemania, Action Directe en Francia, etc.

Sin embargo la mayoría de los países en el Consejo de Europa y en la Unión Europea no tenía en su legislación penal tipos penales específicos para contrastar el terrorismo. La Convención para suprimir el terrorismo de 1977⁴, negociada en el Consejo de Europa, tampoco obligó a introducir estos tipos. Se limitó principalmente a no reconocer actos de terrorismo como delitos políticos a la luz de los tratados de extradición, basándose en lo que fue llamado el clima de confianza mutua entre los Estados del Consejo de Europa.

Fueron los atentados del 11 de septiembre en 2001 en Estados Unidos los que cambiaron el panorama. La Unión Europea quería mostrar solidaridad con Estados Unidos. Se adoptó la Decisión Marco de 2002⁵ de acuerdo con las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, que identificó el terrorismo como una de las violaciones más graves de las libertades fundamentales y de los principios de los derechos humanos, y siguió el plan de acción aprobado por la Reunión extraordinaria del Consejo Europeo del 21 de septiembre de 2001. La Decisión Marco de 2002 y la Decisión Marco de 2008⁶, que la modifica,⁷ definen los delitos de terrorismo, así como los delitos relativos a grupos terroristas o ligados a actividades terroristas.

La Decisión Marco de 2002 introduce una definición penal de terrorismo –por cierto muy inspirada en la

4 Explanatory Report to the European Convention on the Suppression of Terrorism, Strasbourg, 27.1.1977.

5 Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, OJ L 164, 22.6.2002.

6 Para más información, ver Informe de la Comisión basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo, COM (2004) 409 final, 09.06.2004; Informe de la Comisión basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, COM (2007) 681 final, 06.11.2007;; Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, COM (2014) 554 final, 05.09.2014.

7 Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, OJ L 330, 9.12.2008.

legislación anti-terrorista de Estados Unidos⁸ - que combina elementos objetivos (asesinato, lesiones corporales, toma de rehenes, extorsión, comisión de atentados, amenaza de cometer cualquiera de los hechos anteriores, etc.) con el elemento subjetivo de intención pero con una finalidad específica: actos cometidos con el objetivo de intimidar gravemente a una población, desestabilizar o destruir las estructuras de un país o una organización internacional u obligar a los poderes públicos a abstenerse de realizar un acto. Segundo, las Decisiones Marco obligan

Fueron los atentados del 11 de septiembre en 2001 en Estados Unidos los que cambiaron el panorama en la Unión Europea.

a tipificar establecimiento de grupos terroristas, la dirección de y la participación en ellas. Se trata de organizaciones estructuradas de dos o más personas, establecidas durante cierto periodo de tiempo, que actúan de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Además los países de la EU deberán tipificar como delitos anexos a actividades terroristas ciertos actos preparatorios o anticipativos (provocación pública, la captación y el adiestramiento de terroristas, la extorsión o la falsificación con el fin de cometer un delito de terrorismo).

El Consejo de Europa tomó claramente también los atentados del 11 de septiembre 2001 como punto de partida para una reorientación penal. El protocolo de enmienda a la Convención de 1977 fue solo una primera fase. Más importante fue la Convención nueva de 2005 sobre la Prevención del Terrorismo, llamada la Convención de Varsovia (CETS No. 196).⁹ La importancia de la Convención consiste en haber impuesto más obligaciones de tipificaciones en el campo anticipativo, especialmente en relación con

8 Vervaele, JAE, La legislación antiterrorista en Estados Unidos. Inter arma silent leges?. Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2007.

9 Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, Warsaw, 16.V.2005.

enaltecimiento público (art. 5), reclutamiento (art. 6) y entrenamiento/ adiestramiento (art. 7). Artículo 8 pone en evidencia que se trata de tipificaciones autónomas de cualquier resultado en forma de comisión de actos terroristas. Además Art. 9 obliga a tipificar también la participación en estos delitos autónomos, también en forma de establecimiento y/o dirección de grupos.

En otras palabras el fenómeno de grupo o asociación de terrorismo se aplica también a estos delitos anticipativos. El enaltecimiento del artículo 5 se refiere a glorificación / apología/ provocación en público con la intención de sustentar grupos terroristas o actos terroristas. Es suficiente que haya un enlace causal indirecto y temporal (ex ante o ex post) con la perpetración de un acto terrorista o es suficiente que la acción pueda crear un peligro de comisión de un acto terrorista. Para evaluar el peligro se tiene que tener en cuenta el perfil del autor, el contenido del mensaje y el contexto en el que se haya expresado. El reclutamiento del artículo 6 puede ser físico o por vía digital y se refiere solo a reclutamiento activo por parte del entrenador. No es necesario que el reclutado participe en un acto terrorista como consecuencia. Es suficiente que haya habido solicitud efectiva con el objetivo de cometer, participar o contribuir a un acto terrorista. El entrenamiento del artículo 7 tipifica la transferencia de know-how a personas con el objetivo de cometer o contribuir a la comisión de actos terroristas.

El elemento subjetivo se limita al saber que esta formación puede ser utilizada para la comisión de o contribución a estos actos. La tipología no incluye recibir entrenamiento. Que se trata de delitos anticipativos es claramente reconocido en el "Explanatory Report"¹⁰ que se refiere a "establishing as criminal offences certain acts that may lead to the commission of terrorist offences". De nuevo se hace referencia a la confianza mutua entre los Estados para avanzar en este nuevo terreno de criminalización.

Para ejecutar la Resolución 2178 de la ONU en Europa la respuesta fue doble. Por un lado el Consejo de Europa adoptó en 2015 un Protocolo adicional a la Convención de Varsovia de 2005 (el

llamado Protocolo de Riga)¹¹, añadiendo nuevos tipos, sobre todo en relación con combatientes terroristas extranjeros y su entrenamiento pasivo, su viajar a zonas de conflicto, y la financiación y el soporte material para estos viajes. El entrenamiento pasivo (art. 3) puede consistir en asistir a un campo de entrenamiento o participar en forma digital en sesiones interactivas de entrenamiento.

Viajar a zonas de conflicto (art.4) no es una conducta criminal como tal, pero debe ser incriminada cuando tiene como objetivo cometer o participar en actos terroristas o recibir u ofrecer entrenamiento.

La financiación y el soporte material para estos viajes (art. 5) se criminaliza cuando hay conciencia de que estos fondos o ayudas son, por completo o parcialmente, recogidos con el objetivo mencionado. El informe explicativo indica claramente en el punto 29 que "Parties shall take into account that Articles 2 to 6 criminalise behaviour at a stage preceding the actual commission of a terrorist offence but already having the potential to lead to the commission of such acts". Art. 2 del Protocolo impone también que actos como entrenamiento pasivo y viajar a zona de conflicto o financiarlo pueden calificarse como actos de participación en un grupo o asociación terrorista. En el punto 22 los autores del informe explicativo indican también que estos tipos nuevos son actos de una naturaleza grave, por el simple hecho que tienen la potencia de convertirse en la comisión de actos terroristas. Sin embargo no es necesario para su incriminación y persecución que el acto terrorista se haya consumado.

La segunda iniciativa Europea es aún más reciente y viene de la Unión Europea y ya tiene en cuenta la ola de atentados crueles en Francia y en Bélgica. Se trata de una propuesta directiva¹² que tendría que remplazar la Decisión Marco de 2002/2008. En el considerando 6º se refiere a que los delitos relacionados con las actividades terroristas son de extrema gravedad, ya que pueden llevar a la comisión de delitos de terrorismo y permitir que los terroristas y los grupos terroristas mantengan

10 Ver https://rm.coe.int/CoE_PublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3811, punto 26.

11 STCE n.º 217. No entrado en vigor. Aunque firmado por muchos estados está en espera de un mínimo de ratificaciones.

12 La propuesta se encuentra por ahora en fase de negociaciones entre Consejo, Parlamento Europeo y Comisión (trilogie). Ver: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS_BRI\(2016\)586628_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS_BRI(2016)586628_EN.pdf).

y sigan desarrollando sus actividades delictivas, lo que justifica la tipificación penal de dicha conducta.

La propuesta hace una distinción entre delitos de terrorismo y delitos relacionados con un grupo terrorista (título II) y delitos relacionados con actividades terroristas (título III). En la primera categoría están los actos terroristas (art. 3) y el establecimiento de un grupo terroristas y dirección de o participación en él (art. 4), ya incriminados en la Decisión Marco de 2002. Solo se ha añadido interferencia en sistemas informáticos o en bancos de datos como unos de los actos que pueden cualificar.

En la segunda categoría están los actos anticipativos y anexos. Son nada menos de 12 subcategorías diferentes, como provocación a la comisión de delitos terroristas (art. 5), captación de terroristas (art. 6), adiestramiento de terroristas (art. 7), recepción de adiestramiento con fines terroristas (art. 8), viajes al extranjero con fines terroristas (art. 9), la organización o facilitación de estos viajes (art. 10), financiación de terrorismo (art. 11) y otros delitos relacionados con actividades terroristas, como robo, hurto, chantaje, expedición de documentos administrativos falsos, siempre con el fin de cometer delitos terroristas (art. 12).

El fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros está en el centro de la nueva intervención penal, visto que no se tipifica solamente el viajar con fines terroristas (incluyendo recepción de adiestramiento), sino también la financiación, la organización y la facilitación de estos viajes, incluyendo apoyo logístico y material, alojamiento, medios de transporte, servicios, bienes y mercancías.

V. EL PARADIGMA DEL PELIGRO Y DE LA SEGURIDAD

1. Sistema penal y cambio paradigmático - El derecho penal clásico, basado en la Iluminación, y pues elaborado en la teoría del delito, tiene como objetivo justificar la intervención penal y tenerla limitada a la tutela de bienes jurídicos, cuando hay conducta penalmente relevante.

Fundándose en políticas criminales de derecho penal de excepción (como durante el nazismo o el estalinismo), se ha justificado a partir de los años 80 del siglo pasado una creciente necesidad

de intervención penal cuando todavía no hay comisión de delito, injusto penal y daños causados. Paradigmas de política criminal para contrastar el tráfico de estupefacientes y después para contrastar al crimen organizado y el terrorismo justificaron un derecho penal anticipativo y preventivo, es decir un derecho penal ex ante, antes de la comisión de conductas concretas y dañosas que violan el bien jurídico penalmente tutelado.

En realidad estos tres cambios paradigmáticos han tenido como resultado una expansión del derecho penal en diferentes etapas. La primera etapa ha sido la introducción de los tipos de asociaciones criminales. Aunque existían los tipos de "bande de malfaiteurs" o "conspiracy" la incriminación de organizaciones criminales y de las organizaciones terroristas ha ido mucho más allá. De hecho no se necesita comisión concreta de delito, sino solo la formación de un grupo con el objetivo de comisión. En una segunda fase hay una expansión hacia los actos preparatorios (inchoate offences), desvinculados de tentativa. En tercer lugar se han tipificado actos de soporte financiero o material o de simple posesión. Muchos de estos actos son legales como tales pero se convierten en actos ilícitos por su intención (de establecer un grupo criminal o de cometer actos de terrorismo por ejemplo).

2. Anticipación de la intervención penal y derecho penal del autor- Anticipar el umbral de la punibilidad del comportamiento humano basándose en actos asociativos y/o actos preparatorios y/o actos anexos a ellos se justifica en razón de la necesidad de perseguir los comportamientos previos a la ejecución de los actos violentos. El gran problema es obviamente que sin criterios de ofensividad la incriminación se convierte en prevención de peligro.¹³ ¿Cómo elaborar criterios de peligrosidad que correspondan a la auténtica necesidad de intervención penal de manera tal que las conductas humanas que quedan cubiertas por las libertades públicas no queden incriminadas, así como con ello evitando persecuciones políticas-ideológicas?

Que una asociación tenga una estructura organizada, dotada de caracteres de estabilidad y permanencia y que se configure en un grado tal de efectividad que haga factible la ejecución de un plan no es obviamente suficiente. Tiene que ser un plan criminal serio, concreto y actual que vaya más allá

¹³ W. Hassemer, Sicherheit durch Strafrecht, StV, 2006, 321, 1-23 y B. Weisser, Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen, ZStW 121 (2009), Heft 1, 131-161.

del intercambio de ideas o intercambio ideológico y debe reflejar el objetivo, la finalidad de comisión de actos violentos de terrorismo.

La expansión de los delitos de terrorismo se agrava cuando los delitos preparatorios o anexos no tienen como objetivo la comisión de delitos de terrorismo, sino la mera asociación terrorista o la preparación de delitos anexos. La anticipación de la intervención penal no se limita solo a construcciones como el delito de pertenencia a organización terrorista o el delito de colaboración con organización terrorista. Vemos en la legislación europea y en la práctica judicial penal construcciones en las que actos anexos a delitos terroristas pueden constituir en sí asociación ilícita terrorista sin cometido en grupo.

Aquí puede ser útil un ejemplo para ilustrar la expansión sin límites de la intervención. Tres jóvenes amigos de origen árabe, viviendo en Holanda, se informan por internet y en los medios sociales sobre ciertas técnicas para viajar sin problemas a Siria, como por ejemplo cómo pueden falsificar pasaportes y pasar controles sin complicaciones. También se informan sobre métodos de sobrevivencia en el desierto. Contentos de su búsqueda, intercambian entre ellos de forma regular mensajes electrónicos. En algunos de estos mensajes glorifican también el coraje de algunos amigos que se fueron a Siria como combatientes. En Holanda fueron perseguidos por entrenamiento pasivo y asociación ilícita terrorista, a pesar del hecho que no comunicaron ningún hecho con el mundo exterior y a pesar del hecho que no hay ningún otro factor que indique su intención terrorista o su intención de preparar su viaje a Siria como combatientes. Aquí se trata de una ampliación del tipo de pertenencia a un grupo terrorista que infringe los principios de legalidad y de proporcionalidad, visto que no hay finalidad concreta de comisión de actos terroristas. Interpretaciones de este estilo caminan hacia un derecho penal del autor, incriminando su pensamiento y su libertad de informarse.¹⁴ También podemos constatar que en la sociedad de información la definición de asociación terrorista cambia de estructura estable y permanente a una comunicación estructurada digitalmente.

14 A. Asúa Batarrita, Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (comentario a la sentencia de 29 de noviembre de 1997 de la Sala Penal del Tribunal Supremo), *La Ley*, n.o 3, 1998, pp. 1639 ss. y A. Asúa Batarrita, El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, 'finalidades terroristas' y conductas periféricas, en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Montevideo, 2006, pp. 239-276.

Un segundo problema está obviamente vinculado con la última ola de incriminaciones en relación con meros actos anexos al terrorismo o con aquellas conductas que la Unión Europea llama delitos relacionados con actividades terroristas. Se trata en

La expansión de los delitos de terrorismo se agrava cuando los delitos preparatorios o anexos no tienen como objetivo la comisión de delitos de terrorismo, sino la mera asociación terrorista o la preparación de delitos anexos.

la mayor parte de conductas corrientes legales que se convierten en ilícitos penales de terrorismo por su finalidad terrorista.

En Estados Unidos, que ha ido incriminando las conductas en su legislación anti-terrorista, se ha conceptualizado esta última ola como "terrorist precursor crimes". Precursores son normalmente productos básicos que necesitamos para fabricar productos farmacéuticos o drogas. Aquí son productos y servicios básicos para poder elaborar actividad terrorista y/o establecer grupos terroristas. El "Congressional Research Service" del Congress lo define así: "Irrespective of ideology or strategic goals, all terrorist groups have several basic needs in common; funding, security, operatives/support, propaganda, and means and/or appearance of force. In order to meet this needs, terrorist engage in a series of activities, some of which are legal, many of which are not, including various fraud schemes, petty crime, identity and immigration crimes, the counterfeit of goods, narcotics trade, and ilegal weapons procurement, amongst others. Terrorist precursor crimes can be defined as unlawful acts undertaken to facilitate a terrorist attack of to support a terrorist campaign".¹⁵

15 S. O'Neil, CRS Report for Congress, *Terrorist Precursor Crimes: Issues and Options for Congress*, may 2007, Introduction, p. 1.

De este enfoque se puede entender que cualquier acto o conducta puede calificarse como precursor del delito. No tiene que extrañarnos que en el mismo documento se califiquen actos como “front business and charities, food stamp frauds, passif training, etc.”

En otras palabras todos los actos que se pueden vincular con grupos terroristas, actos preparatorios a actos anexos podrían calificarse como “terrorist predicate crimes”, como los delitos subyacentes para blanqueo de capitales. Para que exista blanqueo es precisa la previa comisión de un acto delictivo de cierta gravedad. En el caso del terrorismo, sin embargo se trata de un proceso de tipificación ascendente al delito de terrorismo. Como es ascendente el delito subyacente o de referencia no se ha cometido aún, ni se está preparando todavía; se trata de una inculminación autónoma anticipativa (ex ante). En segundo lugar el delito subyacente no se limita a actos terroristas violentos como por ejemplo los atentados en Francia o Bélgica, sino que puede consistir solamente en la constitución de grupo terrorista o actos preparatorios.

Aquí algunos ejemplos prácticos judiciales de Holanda pueden servir de nuevo para ilustrar el problema. Un joven árabe visita diferentes sitios web con el objetivo de informarse sobre cómo obtener un visado para Turquía y como viajar a Siria. También hace algunas preguntas digitales sobre detonadores. Finalmente mira YouTube buscando propaganda de ISIS y especialmente imágenes de decapitación. Algunas de ellas las almacena en su ordenador. Este joven fue perseguido por obtención de información y de habilidades de conocimiento, lo que fue considerado como entrenamiento pasivo (art. 134^a Código Penal Holandés), para poder preparar y facilitar actos terroristas. Su condena a 15 meses de encarcelamiento fue confirmada por la Corte Suprema holandesa.¹⁶

De hecho en este caso se penaliza el pensamiento ideológico como tal. Ningún acto es ilícito en sí y tampoco hay indicios concretos de actos preparatorios ni de un dolo específico que debe caracterizar la conducta y que debe constituir una proyección externa de esta finalidad. Aquí el derecho penal se convierte en derecho penal del autor entendido como enemigo.

En otro caso dos chicos de origen árabe coleccionan dinero en Holanda para empezar una empresa de transporte en Siria. El tribunal de Rotterdam¹⁷ en Holanda les condenó a 3 años y medio de cárcel, sin necesidad de prueba de que fueron combatientes o de que participaron en actos terroristas. Facilitar a la organización ISIS en el califato, ya sea en forma de transporte o en forma de cocinero, es un tipo de facilitación que se califica como participación a la organización terrorista ISIS. Viajar al califato

Se penaliza el pensamiento ideológico como tal. El derecho penal se convierte en derecho penal del autor entendido como enemigo.

se convierte casi automáticamente en delito, salvo si la persona está vinculada a organizaciones “amigas” que combaten al enemigo. Quien viaja a Siria, incluyendo el califato, para participar en los combates con los peshmerga kurdos es más bien un héroe. Depende de la definición del enemigo para saber si la conducta es criminal o un acto de liberación. Es exactamente el papel que no corresponde a la justicia penal.

VI. CONCLUSIÓN

Nuestro análisis muestra como el paradigma anti-terrorista convierte el derecho penal en un mero instrumento de política de seguridad y control de riesgo. A través de resoluciones, basadas en el capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad ha vinculado estrechamente la seguridad global con la respuesta penal anti-terrorista. Como la sociedad de información convierte al planeta en una ciudad global, movimientos como ISIS se posicionan como actores globales y sus actos se califican como de terrorismo global que amenazan la seguridad global. A pesar de que no hay una definición internacional de terrorismo la comunidad internacional define ad-hoc a los enemigos que hay que combatir. La cara más visible de este mecanismo son las listas de grupos y personas terroristas elaborados por la ONU, la Unión Europea y algunos Estados, que tienen como consecuencia la imposición de “smart

¹⁶ Hoge Raad, 31-05-2016, ECLI:NL:HR:2016: 1011.

¹⁷ ECLI:NL: BROT:2016:1264

sanctions" (congelación de cuentas bancarias, prohibición de visados, etc.).¹⁸

Este cambio paradigmático tiene consecuencias muy importantes para la política legislativa en materia penal y en la construcción de tipos penales. El focus sobre la prevención y sobre la incriminación anticipativa ha hecho necesario incriminar grupos terroristas sin que haya vínculo directo con actos terroristas. La finalidad se convierte en el criterio distintivo entre una asociación lícita y una terrorista. El problema es que esta finalidad se limita en ciertos casos al pensamiento de las personas activas en el grupo.

Si además el grupo se puede constituir de manera digital, sin estructura estable y permanente, llegamos a incriminaciones completamente abiertas que además llegan a un tipo de derecho penal del autor en lugar de a un derecho penal de la acción ilícita. Cuando se penaliza al autor por su manera de pensar solamente, lo hemos convertido en puramente un enemigo.

Curiosamente llegamos a estos artefactos penales con una dialéctica entre derecho internacional, europeo y nacional. Todos predicán el mismo paradigma, pero son muchas veces los Estados los que en su legislación y/o jurisprudencia penal llegan a los tipos más abiertos. Solo en una minoría de Estados, como por ejemplo Italia, son los tribunales supremos y/o constitucionales los que limitan de nuevo las incriminaciones gracias a la aplicación de principios generales (principio de legalidad, principio de proporcionalidad, etc.).

El paradigma de contraterrorismo ha tenido como resultado una vasta serie de figuras de tutela anticipada y asociativa, reflejo de un punitivismo expansionista, por lo cual el objetivo de la justicia penal ha cambiado del castigo a los autores culpables de haber cometido delitos (con fines de prevención general y especial, incluyendo rehabilitación) a un campo más amplio de control social del peligro y del riesgo.

El resultado es que, la comisión de conducta criminal de un sospechoso no es más que el umbral desencadenante del *ius puniendi* del Estado.

18 I. Cameron (ed.), *EU Sanctions: Law and Policy Issues concerning restrictive measures*, Intersentia, 2013, Cambridge.

El enfoque de la seguridad en el derecho penal ha llevado a una expansión del derecho penal sustantivo (parte general y parte especial) más allá de las fronteras y límites tradicionales definidos en la época de la Ilustración.

Al redefinir el objetivo de la justicia penal, se ha reconvertido, también, su naturaleza. Cuanto más alto es el riesgo o el peligro, que está basado en una construcción social y, desde luego, no en hechos empíricos, más bajo es el umbral para el uso del *ius puniendi*, lo que significa que el derecho penal se convierte en derecho de la seguridad. El derecho de la seguridad, se basa, muy poco, en una definición jurídica de sospechoso y conducta criminal, vinculada a daños graves al interés jurídico, se basa más bien en una definición preestablecida de un enemigo¹⁹ que está asociada con el riesgo, el peligro y la inseguridad. Esta deshumanización del derecho penal²⁰ se combina con una instrumentalización política y mediatización del delito y del miedo a la delincuencia²¹. El resultado es que el *ius puniendi* del Estado (siendo una de las más represivas interferencias de la libertad), está siendo instrumentalizado y puesto al servicio del peligro y de la administración del riesgo. Cuando la prevención de la peligrosidad se convierte en el mecanismo desencadenante para el castigo penal, el sistema de justicia penal está en riesgo de convertirse en un sistema de seguridad.

Estos acontecimientos tienen como resultado una considerable expansión del sistema de justicia penal, a través del derecho penal sustantivo y procesal y, por lo tanto, una mayor injerencia en la libertad de los ciudadanos. La expansión de la justicia penal mina los principios básicos de la justicia penal moderna, elaborados en la Ilustración (*nullum crimen sine iniuria, nulla poena sine culpa, ultimum remedium, juicio equitativo, etc.*). Al mismo tiempo, la represión penal se convierte en una fórmula "passe partout" para la resolución de problemas sociales. Las expectativas respecto a la capacidad de la justicia penal para resolver problemas están, sin embargo, en agudo contraste con su efecto real.

19 Günther Jakobs: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. In: H_RS 3/2004, S. 88-95

20 Ver L. Arroyo, M. Delmas-Marty (eds.), *Securitarismo y Derecho Penal*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2013.

21 J. Simon, *Governing through Crime*, Oxford University Press, 2007.

La expansión de la justicia penal es muy real en términos de control social, pero es muy simbólica en términos de capacidad de resolución de problemas sociales.

Para terminar, la construcción penal para contrastar el terrorismo exige un alto rigor conceptual y una interpretación que garantice que los principios básicos de la justicia penal moderna, reconocidos también como derechos/libertades fundamentales y/o derechos humanos, no se vean amenazados por una lucha frontal contra el terrorismo, no desencadenen una respuesta estatal que termine por afectar lo que trata de defender: los derechos humanos, la democracia, y en fin los bienes jurídicos fundamentales de una sociedad. Ellos son el fundamento y el límite del ius puniendi y la base de un derecho penal humanista. Un derecho penal sin límites se convierte en un instrumento de control social por parte del estado que mina no solo la mera esencia del derecho penal sino también la legitimidad del poder punitivo del Estado. Por este motivo es importante redefinir y limitar el papel del derecho penal en la lucha contra el terrorismo y reforzar el enfoque de los derechos humanos en este sector.²²

Sobre el autor

JOHN VERVAELE

Catedrático en Dº Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho/ Willem Pompe Institute, Universidad de Utrecht, Catedrático en Derecho Penal europeo, Colegio de Europa, Brujas Presidente de la AIDP

²² Ver Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Human Rights Council, 22 de Febrero 2016.