Problemas actuales de política criminal
Anuario de Derecho Penal 2015-2016

La asociación organizada terrorista y sus actos anticipativos: ¿un derecho penal y política criminal sin límites?

John Vervaele

Sumario: 1. Introducción. **2.** Internacionalización en la sociedad de información post-industrial. **3.** Internacionalización y transformación del sistema de justicia penal. **4.** Derecho penal y terrorismo. **4.1.** Enfoque histórico e internacional. **4.2.** Enfoque europeo. **5.** Derecho penal y terrorismo: el paradigma del peligro y de la seguridad. **5.1.** Sistema penal y cambios paradigmáticos. **5.2.** Terrorismo: amplificación y anticipación de la intervención penal. **6.** Conclusión.

1. Introducción

Vivimos en tiempos de atentados terroristas revindicados 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 conversos) 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 viene de países europeos. Estos llamados «combatientes terroristas extranjeros» realizan actos violentos en la zona de combate, como en Mosul y Raqqa, y en países europeos como Francia y Bélgica, como hemos visto con los casos de atentados contra la revista *Charlie Hebdo* y la discoteca Bataclan en París, y el aeropuerto y el metro en Bruselas. Una parte de los 'combatientes' nunca han estado en la zona de conflicto ni estuvieron implicados en actos terroristas en Europa, pero están etiquetados como «combatientes terroristas extranjeros» debido a su radicalización y a su potencial para involucrarse. Se convierten en terroristas por el riesgo y el peligro que entrañan.

A la luz de este fenómeno vemos una creciente actividad legislativa y operativa penal a nivel internacional para frenar la actividad terrorista e 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. No obstante, el uso del derecho penal como arma preventiva es problemático en sí y lo es aún más en el campo del terrorismo internacional, ya 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 también novedosa como para formular tales conceptos y principios que constituyen la base de nuestros sistemas penales. En segundo lugar, merece la pena analizar en qué medida el contenido de esta respuesta penal es nuevo y transforma los conceptos y principios de nuestros sistemas penales.

2. Internacionalización en la sociedad de información posindustrial

La internacionalización de la justicia penal no es nueva cuando definimos la internacionalización como un proceso de creciente colaboración entre Estados, que sitúa a los mismos bajo el consejo o control de organizaciones internacionales. Las convenciones de derecho internacional público que recomiendan que las normas de derecho penal sustantivo sean vinculantes existen desde hace un siglo, aunque su número e impacto ha aumentado bastante. Lo nuevo, en mi opinión, se centra en dos aspectos. Primero, en el campo de la justicia penal, las organizaciones internacionales tales como la ONU, el Consejo Europeo, la OCED, el GAFI, etcétera, están supervisando el proceso de cumplimiento de las obligaciones internacionales, principalmente a través de mecanismos de

evaluación muy detallados y políticamente vinculantes. Podemos encontrar claros ejemplos de ello en el campo del lavado de dinero, de la corrupción y el terrorismo. Segundo, el Consejo de Seguridad de la ONU está imponiendo a los Estados Parte obligaciones internacionales en asuntos penales sin ninguna fuente tradicional específica, eludiendo de esta forma el proceso de firma y ratificación de tratados. Tras los sucesos del 11/9, el Consejo de Seguridad hizo vinculante la *acquis* convencional de la ONU en asuntos de terrorismo, independientemente de la firma o ratificación de los Estados Parte. A través de resoluciones basadas en el capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad[1] ha vinculado estrechamente la seguridad global con la respuesta penal antiterrorista y ha pedido a los Estados que tipifiquen conductas como viajar al extranjero, facilitar viajes, otorgar o recibir entrenamiento, etcétera, a condición de que sean cometidas con finalidad terrorista. En 2015 GAFI[2] adoptó la recomendación número 5 en relación con la financiación de terrorismo, incluyendo obligaciones derivadas de la resolución de la ONU y ampliando la financiación de terrorismo a la financiación de viajes con finalidad terrorista.

En nuestras sociedades, estos procesos de internacionalización van de la mano, en las últimas décadas, con la transformación de nuestras sociedades en sociedades de información posindustrial. La e-sociedad o sociedad *online* ha reestructurado completamente el comportamiento social y la estructura social. A menudo, la sociedad posmoderna es caracterizada como una «sociedad de información», por la amplia disponibilidad y uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). En este tipo de sociedad posindustrial la información y el conocimiento son recursos claves y juegan un papel fundamental (Bell, 1976). No obstante, las sociedades de información no son definidas solamente por la implementación de infraestructura tecnológica, sino más bien como fenómenos multidimensionales. Cualquier sociedad de información es una web compleja, no solo de infraestructura tecnológica, sino también de una estructura económica, un patrón de relaciones sociales, patrones de organización y otras facetas de organización social. Por lo tanto, es importante no solo centrarse en la parte tecnológica, sino también en los atributos sociales de la sociedad de información, incluyendo el impacto social de la revolución de la información sobre las organizaciones sociales y en el sistema de justicia penal. Por otra parte, la era posmoderna de la tecnología de la información transforma el contenido, la accesibilidad y la utilización de la información y el conocimiento en las organizaciones sociales, incluyendo el sistema de justicia penal.

1 La resolución 2178 (UNSCR 2178) de 2014 es un buen ejemplo.

2 http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf.

La relación entre el conocimiento y el orden ha cambiado fundamentalmente. La transformación de las comunicaciones en tecnología de fabricación de información instantánea ha cambiado el modo en que la sociedad valora el conocimiento. En una era en constante cambio, la estructura tradicional de autoridad está siendo socavada y reemplazada por un método alternativo de control social. La urgencia de un nuevo paradigma tecnológico basado en las TIC ha dado lugar a una sociedad en red (Castells, 2000), en la que las estructuras sociales claves y las actividades están organizadas alrededor de redes de información procesadas electrónicamente. Hay una transformación aún más profunda de las instituciones políticas en la sociedad en red: el surgimiento de una nueva forma de Estado (Estado en red) que gradualmente reemplaza a las naciones-estado de la era industrial. En esta era tan cambiante, la estructura de la autoridad tradicional está siendo socavada y reemplazada por un método alternativo de control social (sociedad de vigilancia). La transición de una nación-estado a una nación en red es un proceso político y de organización, motivado por la transformación de la administración política, representación y dominación de las condiciones de la sociedad en red.

El fenómeno del yihadismo radical y terrorista (Kepel, 2004), sobre todo con la aparición del ISIS, es impensable sin la sociedad de información. Los medios sociales son para ellos el instrumento por excelencia de propaganda y de reclutamiento (Viganó, 2014, pp. 329-348). Curiosamente, ISIS combina nociones clásicas de Estado y territorio (califato) con un sistema muy avanzado de *governance* en red. Como la sociedad de información convierte el globo en una ciudad global, ISIS se convierte en un actor global y sus actos se califican como terrorismo global que amenaza a la seguridad global.

3. Internacionalización y transformación del sistema de justicia penal

¿Qué significa todo esto para el sistema de justicia penal nacional? Es evidente que el sistema de justicia penal nacional no ha sido reemplazado por uno global en la ciudad global. La globalización social no conduce automáticamente a una globalización legal o globalización de la justicia penal, ni siquiera a la globalización de la autoridad política con respecto a la justicia penal. El nacimiento de resoluciones de derecho penal internacional en el Consejo de Seguridad de la ONU es la excepción y es el resultado de un proceso que viene desarrollándose desde hace un siglo. Aún en etapa de implementación, este nuevo sistema de justicia todavía está creando sus propios conceptos de derecho penal y procesal penal. Sin embargo, el proceso de internacionalización afecta sustancialmente al sistema de justicia penal nacional, que se enfrenta a cambios sociales por

medio de los cuales los agresores están cometiendo delitos y por los cuales el delito, los propios agresores, las pruebas, etcétera, no siempre están vinculados con el territorio del Estado-Nación. Asimismo, porque la creciente movilidad de personas, bienes, servicios y capital, exigen al sistema de justicia penal nacional proteger nuevos intereses jurídicos (*Rechtsgüter*), principalmente de carácter transnacional, como la protección contra expresiones de odio y xenofobia, la protección contra pornografía infantil o la protección contra los fraudes en valores o contra robos de identidad. De ahí que el sistema de justicia penal nacional se esté internacionalizando en un proceso descendente y ascendente (Vervaele, 2015). Las organizaciones regionales e internacionales le están imponiendo a los sistemas de justicia penal nacional nuevas obligaciones sustanciales y procesales, y, al mismo tiempo, los sistemas de justicia penal nacional están incrementando su dimensión internacional para hacer frente a la criminalidad en una sociedad globalizada. Esto significa que la internacionalización del sistema de justicia penal nacional se debe tanto al comportamiento del «usuario» como al proveedor.

Sin embargo, esta renovación no se restringe a alguna actualización de delitos basada en nuevos o renovados intereses jurídicos a proteger, o se limita a un incremento en la asistencia jurídica recíproca. De hecho, el razonamiento clásico para el uso de la justicia penal (comenzando con la penalización primaria a través de la definición de delitos) basado en el *ultimium remedium* y en condiciones estrictas de conducta dañosa que violan intereses jurídicamente protegidos —conceptos derivados de la filosofía Kantiana y de la época de la Ilustración— ha sido reemplazado, en las últimas décadas, por un concepto de política penal globalizado, traducido en paradigmas de política penal: combate/guerra contra las drogas, combate/guerra contra el crimen organizado, combate/guerra contra el terrorismo. Los llamo paradigmas porque funcionan como marco de referencia para la percepción de la realidad y, por lo tanto, para la definición de construcciones sociales como delito, peligro, riesgo, inseguridad y enemigo (Zaffaroni, 2006; Cancio Meliá, 2010, 2002, pp. 19-26). Además, estos paradigmas han sido utilizados tanto a nivel nacional como internacional para justificar cambios esenciales en la relación entre Estado, sociedad y justicia penal, así como al interior del propio sistema penal.

Ahora bien, la justicia penal moderna, con sus raíces en la Ilustración, proporciona un sistema integrado a través de tres dimensiones. Estas ofrecen protección a los individuos (no solo a los sospechosos) —la dimensión del escudo—, así como instrumentos para la comunidad encargada de aplicar la ley, compuesta por la policía, la fiscalía y el Poder Judicial —la dimensión de la espada—, y prevé controles y equilibrios/trías políticas —la dimensión constitucional—. Como se indicó, los tres paradigmas azotaron como un maremoto al sistema de justicia

penal, y las tres dimensiones mencionadas fueron afectadas por esas tres olas. Estos paradigmas han transformado totalmente nuestros sistemas de justicia penal, afectando al derecho penal general, al derecho penal especial, al proceso penal y al derecho penal internacional. En 1999, la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP-IAPL) presentó un excelente análisis bajo el título *The Criminal Justice System Facing the Challenge of Organized Crime* (*El sistema de justicia frente al desafío del crimen organizado*). No hay duda de que los cambios sustanciales y de largo alcance se han producido, también, durante la última década. El nuevo paradigma de la seguridad y de la política antiterrorista ha llevado a una transformación que va más allá del campo de los delitos de terrorismo. La presión internacional para un enfoque común de la investigación, enjuiciamiento y condena del terrorismo ha sido muy fuerte. Tanto la ONU como el Consejo Europeo han elaborado una serie impresionante de convenciones internacionales y regionales sobre crimen organizado y terrorismo. Después del 11/9, la ONU lideró el camino con las resoluciones del Consejo de Seguridad y el establecimiento de un comité antiterrorista que supervisa la implementación de las resoluciones, incluyendo lo esencial de las convenciones[3]. El paradigma antiterrorista en materia penal es anterior a los sucesos del 11/9 y a los de Madrid, Londres y otros, pero sin duda se ha ampliado sin precedentes con estos ataques terroristas. Por este motivo la política antiterrorista es un campo de política criminal donde se hace más visible la transformación del sistema penal bajo el lema de la seguridad.

4. Derecho penal y terrorismo

4.1. Enfoque histórico e internacional

Los atentados violentos con finalidad política no son monopolio de nuestros tiempos recientes. El final del siglo XIX, por ejemplo, estuvo caracterizado por rebeliones violentas de las clases populares y actos violentos de movimientos anarquistas. En aquellos tiempos estos actos no fueron definidos como terrorismo, sino más bien como subversión o crímenes contra la seguridad del Estado.

Vistas las atrocidades cometidas durante la primera guerra mundial, discutidas en el marco de la Sociedad de Naciones (predecesora de las Naciones Unidas) y en el Congreso del AIDP en 1925, se propuso un nuevo régimen jurídico relativo a la responsabilidad penal del Estado por delitos contra otros Estados o colectividades. Fue V. Pella quien elaboró en 1925 un informe sobre el crimen de

3 La totalidad de los informes nacionales se puede encontrar en http://www.un.org/sc/ctc/countryreports/reportA.shtml.

guerra de agresión como un crimen de Estado. En este informe, también elaboró 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 justica internacional. No obstante, el establecimiento de un nuevo régimen de justicia penal internacional fracasó en el periodo entre guerras. Sin embargo, tras las muertes violentas 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 para la Prevención del Terrorismo de 1937 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[4]. La doctrina de entonces criticó el conjunto de la configuración del convenio sobre el terrorismo por carecer de seguridad jurídica, debido a que los tipos penales eran muy abiertos y los actos preparatorios muy extensivos. La convenciones nunca entraron en vigor debido a la segunda guerra mundial.

Desde la década de 1960, a partir de los primeros actos de piratería aérea, la comunidad internacional —tanto a nivel global como regional— ha ido elaborando convenios internacionales para prevenir y sancionar penalmente actos de violencia terrorista. Bajo el auspicio de la ONU, el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) creó diecinueve convenios (llamados *suppression conventions*) para prevenir y sancionar penalmente los actos terroristas. Algunos de ellos tienen relación directa con la aviación civil, como el Convenio sobre las infracciones y 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 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).

Además, desde 1996[5] se está negociando en la ONU una convención comprehensiva sobre terrorismo con el objetivo de criminalizar todas las formas de este fenómeno, incluyendo la financiación y otros actos preparativos o de sostén material. Las negociaciones, que se realizaron en el Comité ad-hoc sobre terrorismo

4 Se pueden encontrar los documentos en la *Revista Internacional de Derecho Penal* (RIDP, 2015, 3-4, 851-914).

5 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.

y el sexto Comité legal están desde 2013 en un punto muerto. El problema principal está en la definición del terrorismo, pues, ¿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, así como el éxodo de jóvenes islámicos o conversos a las zonas de conflicto, especialmente Siria, ha generado que la comunidad internacional se preocupe cada vez más por el terrorismo islámico. La amenaza de los talibanes, del Estado Islámico de Iraq y el Levante (EIIL), el Frente Al Nusra, etcétera, han justificado una respuesta penal aún más amplia. 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 miembros de 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,

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 consenso en la comunidad internacional sobre el papel del derecho penal para controlar el terrorismo, no hay duda de que existe una clara expansión del derecho penal en los diecinueve convenios internacionales y en las resoluciones de la ONU. Estos 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 financiación[6]. Además, lo vinculan con obligaciones en materia de jurisdicción y cooperación internacional. No obstante, a pesar de la falta de unanimidad internacional ha habido avances importantes a nivel regional —como en el continente europeo— que describiremos a continuación.

4.2. Enfoque europeo

El fenómeno del terrorismo y de la legislación antiterrorista penal está 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, etcétera. 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 contrarrestar el terrorismo.

6 La Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo de las Naciones Unidas (1999) es un muy buen ejemplo.

La Convención para suprimir el terrorismo de 1977[7], 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 el denominado clima de confianza mutua entre los Estados del Consejo de Europa.

No obstante, los atentados del 11 de setiembre de 2001, en los Estados Unidos, fueron los que cambiaron el panorama. La Unión Europea quería mostrar solidaridad con Estados Unidos. En ese contexto, se adoptó la decisión marco de 2002[8], 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 setiembre de 2001. La decisión marco de 2002 y la decisión marco de 2008[9], que la modifica[10], definen los delitos de terrorismo y 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 legislación contraterrorista de los Estados Unidos (Vervaele, 2007)— que combina elementos objetivos —como asesinato, lesiones corporales, toma de rehenes, extorsión, comisión de atentados, amenaza de cometer cualquiera de los hechos anteriores— 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. Asimismo, las decisiones marco obligan a tipificar el establecimiento de grupos terroristas, la dirección de y la participación en ellos. 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

7 *Explanatory Report to the European Convention on the Suppression of Terrorism*, firmado en Estrasburgo el 27 de enero de 1977.

8 Decisión marco del Consejo, del 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (OJ L 164, 22/6/2002).

9 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.

10 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.

UE deberán tipificar como delitos conexos a actividades terroristas ciertos actos preparatorios o anticipativos, como la provocación pública, la captación y el adiestramiento de terroristas, y la extorsión o la falsificación con el fin de cometer un delito de terrorismo.

Asimismo, el Consejo de Europa tomó claramente también los atentados del 11 de septiembre de 2001 como punto de partida para una reorientación penal. El protocolo de enmienda a la Convención de 1977 fue solo una primera fase. Un instrumento internacional más importante fue la Convención sobre la prevención del terrorismo de 2005, llamada la Convención de Varsovia (CETS Nº 196)[11]. La importancia de este tratado consiste en haber impuesto más obligaciones de tipificaciones en el campo anticipativo, especialmente en relación con el enaltecimiento público (art. 5), el reclutamiento (art. 6) y entrenamiento o adiestramiento (art. 7). Por su parte, el artículo 8 pone en evidencia que se trata de tipificaciones autónomas con relación a cualquier resultado en forma de comisión de actos terroristas. Además, el artículo 9 obliga a tipificar la participación en estos delitos autónomos, también en forma de establecimiento o dirección de grupos. En otras palabras, el fenómeno de grupo o asociación de terrorismo se aplica también a estos delitos anticipativos.

Ahora bien, el enaltecimiento del artículo 5 se refiere a la glorificación, apología o provocación en público con la intención de sustentar grupos terroristas o actos terroristas. En ese sentido, es suficiente con que haya un enlace causal indirecto y temporal (*ex ante o ex post*) con la perpetración de un acto terrorista o que la acción pueda crear un peligro de comisión de un acto terrorista. Para evaluar el peligro se deberá tener en cuenta el perfil del autor, el contenido del mensaje y el contexto en el que se haya expresado. Por su parte, el reclutamiento del artículo 6 puede ser físico o digital y se refiere solo a reclutamiento activo por parte del entrenador. Por ende, no será necesario que el reclutado participe en un acto terrorista como consecuencia, sino que será suficiente con que haya habido solicitación efectiva con el objetivo de cometer, participar o contribuir a un acto terrorista. Finalmente, 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 a saber que la formación recibida puede ser utilizada para la comisión o la contribución en actos terroristas. Cabe mencionar que la tipología no incluye recibir entrenamiento. Los tipos descritos anteriormente constituyen

11 *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, Varsovia, 16/5/ 2005.*

delitos anticipativos, así se ha reconocido en el *Explanatory Report*[12] que se refiere al establecimiento de ciertos actos que puedan conducir a cometer actos terroristas como delitos penales[13]. De nuevo, se hace referencia a la confianza mutua entre los Estados para avanzar en este nuevo terreno de criminalización.

En cuanto a la ejecución de 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[14]), añadiendo nuevos tipos, sobre todo en relación con combatientes terroristas extranjeros y su entrenamiento pasivo, su viaje a zonas de conflicto y la financiación y el soporte material para estos viajes. Según este protocolo, el entrenamiento pasivo (art. 3) puede consistir en asistir a un campo de entrenamiento o participar en forma digital en sesiones interactivas de entrenamiento. Por su parte, el viajar a zonas de conflicto (art. 4) no es una conducta criminal como tal, pero deberá ser incriminada cuando tenga como objetivo cometer o participar en actos terroristas o recibir u ofrecer entrenamiento. El artículo 5 criminaliza la financiación y el soporte material para estos viajes cuando hay conciencia de que estos fondos o ayudas son brindados, total o parcialmente, con el objetivo mencionado.

Sobre lo mencionado hasta ahora, el informe explicativo indica claramente en el punto 29 que las partes deben tomar en cuenta que los artículos del 2 al 6 criminalizan las acciones en una etapa previa a la comisión efectiva del delito de terrorismo, pero con la existencia de un potencial que pueda derivar en la comisión de tales actos[15]. En el mismo sentido, el artículo 2 del protocolo impone también que los actos de entrenamiento pasivo o viajar a una zona de conflicto o financiar el viaje 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 de tener la posibilidad 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 proviene de la Unión Europea, de la ola de atentados crueles en Francia y en Bélgica. Se trata de una

12 https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3811, punto 26.

13 «*Establishing as criminal offences certain acts that may lead to the commission of terrorist offences*».

14 El STCE 217 no ha entrado en vigor. Aunque ha sido firmado por muchos estados está en espera de un mínimo de ratificaciones.

15 «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».

propuesta directiva[16] que reemplazaría a la decisión marco de 2002/2008. En el acápite 6 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 a los terroristas y grupos terroristas mantener y seguir 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 terrorista y la dirección o participación en él (art. 4), incriminados anteriormente en la decisión marco de 2002. Como aspecto novedoso, se ha añadido la interferencia en sistemas informáticos o bancos de datos como unos de los actos que pueden calificar como vinculados a un grupo terrorista. En la segunda categoría están los actos anticipativos y conexos, que se dividen en doce subcategorías diferentes, como la provocación para cometer delitos terroristas (art. 5), la captación de terroristas (art. 6), el adiestramiento (art. 7), la 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), la financiación de terrorismo (art. 11) y otros delitos relacionados con actividades terroristas, como el 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 la recepción de adestramiento), 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.

5. Derecho penal y terrorismo: el paradigma del peligro y de la seguridad

5.1. Sistema penal y cambios paradigmáticos

El derecho penal clásico, basado en la Ilustración y elaborado en la teoría del delito, tiene como objetivo justificar la intervención penal y limitarla a la tutela de bienes jurídicos cuando hay una conducta penalmente relevante.

Poniendo al lado las políticas criminales del derecho penal de excepción (como durante el nazismo o el estalinismo), se ha justificado a partir de la década de 1980

16 La propuesta se encuentra por ahora en fase de negociaciones entre Consejo, Parlamento Europeo y Comisión (*trilogue*).http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS_BRI(2016)586628_EN.pdf.

una creciente necesidad de intervención penal anterior a la comisión de un delito, injusto penal y daños causados. Los paradigmas de política criminal para combatir el tráfico de estupefacientes, el crimen organizado y el terrorismo justificaron un derecho penal anticipativo y preventivo, es decir un derecho penal *ex ante,* cuya intervención está prevista para 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 la comisión concreta del delito, sino solo la formación de un grupo con el objetivo de cometerlos. En una segunda fase hay una expansión hacia los actos preparatorios (*inchoate offences*), desvinculados de la 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, por ejemplo, de establecer un grupo criminal o de cometer actos de terrorismo.

5.2. Terrorismo: amplificación y anticipación de la intervención penal

Anticipar el umbral de la punibilidad del comportamiento humano basándose en actos asociativos o actos preparatorios o conexos a ellos se justifica en razón de la necesidad de perseguir los comportamientos previos a la ejecución de los actos violentos. El gran problema que surge es, obviamente, que sin criterios de ofensividad la incriminación se convierte en prevención de peligro (Hassemer, 2006; Weisser, 2009, pp. 131-161). En ese contexto, surge la siguiente interrogante: ¿cómo elaborar criterios de peligrosidad que correspondan a la necesidad de la taxatividad de la intervención penal de tal manera que no se incriminen conductas humanas que relieven de las libertades públicas, evitando persecuciones políticas o 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 del intercambio de ideas o del 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 conexos no tienen como objetivo la comisión de delitos de terrorismo, sino la mera asociación terrorista o la preparación de delitos conexos.

La anticipación de la intervención penal no se limita solo a construcciones como el delito de pertenencia a una organización terrorista o el delito de colaboración con organización terrorista. Por ejemplo, en la legislación europea y en la práctica judicial penal, observamos construcciones en las que los actos conexos a delitos terroristas pueden constituir en sí asociación ilícita terrorista sin que el acto se cometa en grupo. Aquí, para ilustrar la expansión sin límites de la intervención penal, puede ser útil un ejemplo. Tres jóvenes amigos de origen árabe, que viven en Holanda, se informan por internet y redes sociales sobre ciertas técnicas para viajar sin problemas a Siria, como, por ejemplo, el poder falsificar pasaportes y pasar controles sin parecer nerviosos. También, se informan sobre los métodos de sobrevivencia en el desierto. Contentos con lo aprendido, intercambian entre ellos mensajes electrónicos con regularidad. En algunos de estos mensajes glorifican el coraje de algunos amigos que fueron a Siria como combatientes. Posteriormente, los tres sujetos fueron perseguidos en Holanda por entrenamiento pasivo y asociación ilícita terrorista, a pesar de no haber comunicado ninguna de sus actividades en el mundo exterior, y a pesar del hecho de que no exista ningún otro factor que indique su intención terrorista o su intención de preparar su viaje a Siria como combatientes. En este caso, 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 una finalidad concreta de cometer actos terroristas. Interpretaciones de este estilo se encaminan hacia un derecho penal del autor, incriminando su pensamiento y su libertad de informarse (Asúa Batarrita, 1998; 2006, pp. 239-276). 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.

Un segundo problema está obviamente vinculado con la última ola de incriminaciones en relación con meros actos conexos al terrorismo o con aquellas conductas que la Unión Europea denomina delitos relacionados con actividades terroristas. Se trata en 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 antiterrorista, se ha conceptualizado esta última ola como *terrorist precursor crimes.* Los precursores son, normalmente, productos básicos que necesitamos para fabricar productos farmacéuticos o drogas. Aquí, son productos y servicios básicos que permitan cometer una actividad terrorista o establecer grupos terroristas. El *Congressional Research Service* del Congreso lo define así: «Más allá de las metas ideológicas o estratégicas, todo grupo terrorista tiene en común determinadas necesidades básicas: financiamiento, seguridad, soporte de operativos, propaganda y medios y/o apariencia de fuerza. A fin de cubrir esas necesidades, los terroristas se involucran en

una serie de actividades, algunas legales, otras no, que incluyen diversos esquemas fraudulentos, delitos menores, delitos de identidad e inmigración, contrabando, narcotráfico, tráfico illegal de armas, entre otros. *Los delitos precursores de terrorismo* pueden definirse como actos ilícitos que se llevan a cabo para facilitar un ataque terrorista o sostener una campaña terrorista»[17].

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 negocios de fachada y organizaciones de beneficencia, fraudes de *food stamps,* entrenamiento pasivo, etcétera. En otras palabras, todos los actos que se pueden vincular con grupos terroristas, actos preparatorios o actos conexos podrían calificarse como *terrorist predicate crimes,* como los delitos subyacentes en el blanqueo de capitales. Para que exista blanqueo se precisa la comisión previa 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 incriminación 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, nuevamente, 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 busca en YouTube propaganda de ISIS, 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. 134ª código penal holandés), para poder preparar y facilitar actos terroristas. Su condena de quince meses de encarcelamiento fue confirmada por la Corte Suprema holandesa[18]. De hecho, en este caso se penaliza el pensamiento ideológico como tal. Ningún acto es ilícito en

17 «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 these 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 illegal 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*» (cursivas propias).

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

sí y tampoco hay indicios concretos de actos preparatorios ni dolo específico que deba caracterizar la conducta y que debe constituir una proyección externa de esta finalidad.

En otro caso dos muchachos de origen árabe recolectaron dinero en Holanda para empezar una empresa de transporte en Siria. El tribunal de Rotterdam[19] los condenó a tres 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 como cocinero, es un tipo de facilitación que se califica como participación en la organización terrorista ISIS. Viajar al califato se convierte casi automáticamente en delito, salvo que 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. En ese sentido, dependerá 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.

6. Conclusión

Nuestro análisis muestra cómo el paradigma antiterrorista 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 antiterrorista. En ese contexto, observamos cómo la sociedad de información convierte al globo en una ciudad global, en la cual movimientos como ISIS se posicionan como actores globales y sus actos se califican como terrorismo global que amenaza la seguridad global. A pesar de que no existe 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 elaboradas por la ONU, la Unión Europea y algunos Estados, que tienen como consecuencia la imposición de *smart sanctions,* como el congelamiento de cuentas bancarias, la prohibición de visados, etcétera (Cameron, 2013).

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 exista un 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

19 ECLI:NL:RBROT:2016:1264.

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 de autor, en lugar de a un derecho penal de la acción ilícita. Cuando se penaliza al autor solamente por su manera de pensar lo hemos convertido en un enemigo.

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

El paradigma de contraterrorismo ha tenido como resultado una vasta serie de figuras de tutela anticipada y asociativa, reflejo de un punitivismo expansionista por el 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 desde el cual se desencadena el *ius puniendi* del Estado. 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 no, desde luego, 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; por el contrario, se basa más bien en una definición preestablecida de un enemigo (Jakobs, 2004a) que está asociada con el riesgo, el peligro y la inseguridad. Esta deshumanización del derecho penal (ver Arroyo & Delmas-Marty, 2013) se combina con una instrumentalización política y la mediatización del delito y del miedo a la delincuencia (Simon, 2007). 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 que desencadena 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,* etcétera) (Ferrajoli, 2011). 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. 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 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, en definitiva, 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[20].

20 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.