

46

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

IN S PRAE IDE ET PRO

# Revista

Julio 2020

46

Revista Penal

# Penal

Julio 2020



# Revista Penal

Número 46

## Sumario

---

### Doctrina:

- ¿Una medición de la pena más uniforme y transparente a través de lineamientos para la medición de la pena? Las Sentencing Guidelines inglesas como objeto de investigación valioso, por *Kai Ambos*..... 5
- Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por *María Ángeles Fuentes Loureiro* ..... 17
- Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?, por *Alfonso Galán Muñoz* ..... 41
- El uso de ordenadores personales y de material informático por los internos en un centro penitenciario, por *Pablo García Molina*..... 67
- Tutela penal de la intimidad y grabación de la conversación por uno de los interlocutores, por *José Luis González Cussac* ..... 95
- Documento, fotocopia y falsedad, por *Rubén Herrero Giménez*..... 109
- La “corrupción entre particulares”. Análisis crítico de la regulación italiana, por *Alessandro Melchionda*..... 127
- La difusa frontera entre la vida y la muerte. Reflexiones sobre el objeto material de los delitos contra la vida humana independiente, por *Clara Moya Guillem* ..... 141
- El tratamiento penal del blanqueo urbanístico en tiempos de crisis económica, por *Miguel Ángel Núñez Paz*
- Las definiciones auténticas de la imprudencia en el ámbito de la seguridad vial, por *Inés Olaizola Nogales*.. 157
- España y Europa frente al discurso del odio: una aproximación comparativa a los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia española y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por *Marta Rodríguez Ramos* ..... 169
- Crisis y transformación de los sistemas penales en Europa en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional, por *Francesco Rossi*..... 190
- Neuroprevención: un nuevo paradigma para el estudio de la reincidencia delictiva, por *Aura Itzel Ruiz Guarneros y José M. Muñoz*..... 207
- Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia, por *Juan M. Terradillos Basoco* ..... 221

**Sistemas penales comparados:** La detención preventiva (*Pre-trial detention*)..... 230

**Especial:** Sul fondamento della responsabilità giuridica dell’estraneo che partecipi a reati propri nel pensiero di Aldo Moro, por *Marianna Pignata y Antonio Tisci*..... 312

### Bibliografía:

- Recensión: “Delitos Acumulativos”, de Miguel Bustos Rubio (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017), por *Adrián Viejo Mañanes* ..... 317

\* *Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano:* <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>

---



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,  
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Waßmer (Alemania)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Jiajia Yu (China)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Valentini (Italia)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



## Crisis y transformación de los sistemas penales en Europa en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional

Francesco Rossi

Revista Penal, n.º 46. - Julio 2020

### Ficha técnica

**Autor:** Francesco Rossi

**Adscripción institucional:** Investigador postdoctoral de Derecho Penal de la Universidad de Ferrara.

**Title:** Crisis and Transformation of Criminal Justice Systems in Europe Within the Fight Against International Terrorism

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La crisis de los sistemas penales europeos causada por el terrorismo internacional: entre la (in)seguridad y el populismo. 3. La involución de los sistemas penales europeos durante la emergencia terrorista. 3.1. Algunas estadísticas. 4. Los paradigmas penales de la lucha contra el terrorismo y su problemática combinación. 5. El proceso de armonización de los sistemas penales y la reutilización de modelos normativos nacionales hiperrepressivos en la lucha contra el terrorismo en Europa. 6. Consideraciones finales.

**Summary:** 1. Introduction. 2. The crisis of European criminal justice systems caused by international terrorism: in between (in)security and populism. 3. The regression of European criminal justice systems during the terrorist emergency. 3.1. Some statistics. 4. The counter-terrorism criminal law paradigms and their problematic blending. 5. The harmonisation of European criminal justice systems and the reuse of hyper-repressive national legal models in the fight against terrorism in Europe. 6. Concluding remarks.

**Resumen:** El presente trabajo analiza el proceso de crisis y la consiguiente transformación de los sistemas penales frente a la emergencia que plantea el terrorismo internacional, en el escenario de una creciente armonización europea de las políticas, legislaciones y prácticas nacionales y de una involución de su relación con los principios y derechos fundamentales consagrados en las Cartas nacionales y supranacionales. Con especial referencia al panorama europeo, la investigación —apoyada en breves referencias normativas y jurisprudenciales comparadas y en algunos datos estadísticos publicados por Eurojust y Europol— reconstruye sintéticamente las principales causas de la mencionada transformación y los perfiles esenciales de la política penal y judicial que la caracterizan. Este trabajo pretende demostrar que la prevención del terrorismo a través de un Derecho penal sectorial de rasgos excepcionales se persigue esencialmente de dos maneras: aumentando el índice de efectividad de los juicios en términos de condenas y neutralizando inmediatamente y durante el mayor tiempo posible a cualquier individuo —terrorista, radicalizado o en proceso de radicalización— que pueda suponer un riesgo para la seguridad nacional.

**Palabras clave:** terrorismo internacional; lucha contra el terrorismo; sistemas penales europeos; política criminal; seguridad; prevención penal; Derecho penal excepcional; Derecho penal del autor; Derecho penal de lucha; Derecho penal del enemigo; armonización penal europea; neutralización.

**Abstract:** This paper analyses the crisis and the consequent transformation of the criminal justice systems in the face of the emergency posed by international terrorism, towards an increasing European harmonisation of national policies, legislation and practices and a regression of their relationship with the fundamental principles and rights enshrined in national and supranational Charters. With special reference to the European landscape, the research —supported by brief comparative references and by some statistical data published by Eurojust and Europol— summarises the main causes of this transformation and the essential profiles of criminal and judicial policy that characterise it. This paper

seeks to demonstrate that the prevention of terrorism through the exceptional features of criminal law in this field is essentially pursued in two ways: by increasing the rate of effectiveness of trials in terms of convictions and by immediately and for as long as possible neutralising any individual —be it a terrorist, a radicalised or someone about to be radicalised— who may pose a risk to national security.

**Key words:** international terrorism; fight against terrorism; European criminal justice systems; criminal policy; security; prevention; pre-emption; exceptional criminal law; fighting criminal law; criminal law of the enemy; European harmonisation of criminal law; incapacitation.

**Observaciones:** El presente trabajo es el resultado de una estancia de investigación en la Universidad Autónoma de Madrid bajo la supervisión científica del Prof. M. Cancio Meliá para finalizar mi tesis doctoral, titulada “*Il contrasto al terrorismo internazionale nelle fonti penali multilivello. Convergenze normative e modelli circolari*”.

**Rec:** 1/12/2019 **Fav:** 23/01/2020

### 1. Introducción

En materia penal, el binomio crisis y transformación se manifiesta en respuesta a fenómenos y problemas sociales muy heterogéneos, pero con un efecto común:

el cuestionamiento e incluso el debilitamiento de los fundamentos constitucionales de nuestra sociedad.

El presente artículo tiene por objeto analizar, desde una perspectiva político-criminal<sup>1</sup>, la crisis y la consiguiente transformación de los sistemas penales en

1 En este artículo, el concepto de “política criminal” se utiliza como el “conjunto de procesos a partir de los cuales la sociedad planifica respuestas al fenómeno delictivo”: Delmas-Marty, M.: *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, París, 1983, p. 13. Estos procesos se pueden resumir mediante la ulterior definición de Levay, M.: *Penal policy, crime and political change*, en Šelih, A./Završnik, A. (eds.): *Crime and Transition in Central and Eastern Europe*, Springer, Nueva York, 2012, p. 124. Según este autor, los conceptos de “política criminal” y “política de justicia penal” incluyen “la legislación y otras decisiones estatales y gubernamentales relativas a la penalización, las condiciones de la responsabilidad penal, el sistema de sanciones y la ejecución de las condenas”. M. Levay hace una distinción entre “política criminal” y “política penal”: esta última se entiende como “legislación y otras decisiones del Estado (por ejemplo, el presupuesto de las prisiones) relativas al sistema penal”. Quedan fuera del ámbito de esta contribución dos aspectos de crucial importancia para un examen exhaustivo de la problemática de la legislación antiterrorista. El primero de ellos se refiere a las estrechas relaciones con las normas especiales del procedimiento penal y las normas administrativas de carácter excepcional introducidas en el sector en cuestión, cuya combinación da lugar a un Derecho antiterrorista derogatorio con respecto a los fundamentos constitucionales de la materia penal y endurecido hasta el extremo con respecto a otros sectores delictivos (a veces de gravedad similar: *ex multis*, Galli, F.: *Freedom of thought or ‘thought-crimes’? Counter-terrorism and freedom of expression*, en Masferrer, A./Walker, C. (eds.): *Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law. Crossing Legal Boundaries in Defence of the State*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2013). Para más detalles sobre este último aspecto, Pelissero, M.: *Contrasto al terrorismo internazionale e diritto penale al limite*, Gli speciali di Questione Giustizia - Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali, septiembre 2016, <http://questionegiustizia.it/speciale/2016-1>, p. 111. En segundo lugar y en términos más generales, queda al margen de la presente contribución la cuestión de la definición penal del terrorismo a escala mundial, que aún no se ha resuelto. La comunidad internacional no ha podido llevar a cabo —ni siquiera a título orientativo en el reciente plan de acción para prevenir y combatir el extremismo violento y el terrorismo (A/70/675, presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas el 15 de enero de 2016)— la misión de establecer una definición global de terrorismo, o de identificar las excepciones a una concepción convergente, en el seno de una Convención de alcance general. En la doctrina, véanse, entre otras, las reflexiones de Marini, L.: *Le minacce del terrorismo, la comunità internazionale, le Nazioni Unite*, *idem*, pp. 240 y ss.; *idem*: *L’evoluzione della disciplina internazionale in materia di terrorismo: qualche spunto recente fra Onu ed Europa*, *Questione giustizia*, núm. 2, 2017, p. 114; Cassese, A.: *The International Community’s “Legal” Response to Terrorism*, *International & Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 465; Cancio Meliá, M.: *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Editorial Reus, Madrid, 2010, p. 143; Cancio Meliá, M./Petzsch, A.: *Terrorism as a criminal offence*, en *Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law. Crossing Legal Boundaries in Defence of the State*, cit., p. 104; Saul, B.: *Civilising the Exception: Universally Defining Terrorism*, en Masferrer, A. (ed.): *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency. Security and Human Rights in Countering Terrorism*, Springer, Berlín, 2012, pp. 79 y ss.; *idem*, *Terrorism as a legal concept*, en Lennon, G./Walker, C. (eds.): *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, Routledge, Londres-Nueva York, 2015, pp. 19 y ss.; *idem*: *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, *passim*; Cassese, A.: *The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, Iss. 5, 2006, pp. 933 y ss.; Weigend, T.: *The Universal Terrorist: The International Community Grappling with a Definition*, *idem*, pp. 912 y ss.; Sossai, M.: *La prevenzione del terrorismo nel diritto internazionale*, Giappichelli, Turín, 2012, pp. 168 y ss.; Walker, C.: *Terrorism and the Law*, cit., en particular pp. 40 y ss.; Douglas, R.: *Law, Liberty, and the Pursuit of Terrorism*, University of Michigan Press, Michigan, 2014, pp. 46 y ss.; Fletcher,

Europa desencadenada por el terrorismo internacional, con apoyo en anotaciones de Derecho comparado “que enfatiza[n] la función que las previsiones tomadas en consideración pretenden desempeñar dentro de cada contexto jurídico”<sup>2</sup>. En otras palabras, se trata de poner de relieve las causas y los efectos de las estrategias de lucha contra el fenómeno en cuestión, que se aplican a nivel legislativo (política criminal en sentido estricto) y jurisprudencial (política judicial en el ámbito penal).

## 2. La crisis de los sistemas penales europeos causada por el terrorismo internacional: entre la (in)seguridad y el populismo

El terrorismo constituye un serio desafío para las democracias<sup>3</sup>. El tipo de violencia amenazada o consumada que caracteriza a éste fenómeno delictivo amplifica el desvalor del hecho cometido: según parte de la doctrina, la esencia del desvalor de los crímenes terroristas se concentra en la carga simbólica o, en otras palabras, en el significado político de la violencia amenazada o realizada<sup>4</sup>. Este tipo particular de violencia tiene por objeto intimidar a la población y perturbar el orden constitucional nacional o el funcionamiento de una organización internacional<sup>5</sup>.

En resumen, la violencia terrorista tiene como finalidad forzar a realizar —o a abstenerse de realizar— una

determinada acción. Por lo tanto, el terrorismo reviste una impronta autoritaria corrosiva para el Estado de Derecho. Y ello, directamente, por los valores antisistema de los que el propio terrorismo es portador, pero también, indirectamente, por el tipo de reacciones que provoca en la sociedad afectada.

En particular, la reactivación y recrudecimiento del terrorismo genera un estado de emergencia que conlleva repercusiones en un doble plano, social e institucional.

A nivel social, el incremento de los atentados terroristas en todo el mundo ha generado una gran alarma —amplificada aún más dentro de la Unión Europea por su “‘apertura’ como espacio sin fronteras interiores”<sup>6</sup>— y ha desestabilizado la coexistencia pacífica de sus miembros. En particular, podría afirmarse que la realización de atentados terroristas genera tres tipos de efectos sobre la población: la “producción de traumas psíquicos”<sup>7</sup>, la “identificación de terceros en las víctimas directas”<sup>8</sup> de los propios atentados y el “miedo a la victimización futura, reforzado por la sobreestimación del riesgo terrorista”<sup>9</sup>.

A nivel institucional, la gravedad de este fenómeno fomenta la adopción de reformas de diversa naturaleza<sup>10</sup> (penal sustantivo, procesal penal, de prevención administrativa, de apoyo administrativo a la comu-

G.P.: *El indefinible concepto de terrorismo*, Universidad Externado de Colombia - Cuadernos de conferencias y artículos, núm. 52, 2016, pp. 9 y ss. Además, Focarelli, V.: *Brevi note sul problema della definizione del terrorismo internazionale*, en Meccarelli, M./Palchetti, P./Sotis, C. (eds.): *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, EUM, Macerata, 2011, pp. 317 y 319, considera que “es engañoso abordar el problema del terrorismo internacional en términos definitorios y abstractos”; y que “la comunidad internacional puede converger en hipótesis específicas y concretas de ‘terrorismo’ y para ciertos propósitos específicos, pero no en una definición abstracta válida siempre, en todas partes y para cualquier propósito”.

2 “[...] Con el fin de comprender si, cómo —y posiblemente también por qué— las jurisdicciones [...] convergen o divergen”: Galli, F.: *The Law on terrorism: the UK, France and Italy compared*, Bruylant, Bruselas, 2015, p. 265.

3 En este punto, la producción bibliográfica es muy amplia: vid. Barak, A.: *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, Giurisprudenza costituzionale, núm. 5, 2002, pp. 3385 y ss.; Bin, R.: *Democrazia e terrorismo*, en de Maglie, C./Seminara, S. (eds.): *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Cedam, Padua, 2007, *passim*; Stella, F.: *I diritti fondamentali nei periodi di crisi, di guerra e di terrorismo: il modello Barak*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, núm. 3, 2005, pp. 938 y ss.; Baldini, V. (ed.): *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Università di Cassino, Cassino, 2005, *passim*; Bonetti, P.: *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, *passim*; De Minico, G.: *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Jovene, Nápoles, 2016, *passim*.

4 Cancio Meliá, M.: *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, cit., p. 61. Véase también Walker, C.: *Terrorism and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 4. Sobre el debate en torno a las causas del terrorismo internacional, ya sean alternativas o, tal vez más correctamente, cumulativas de tipo social, político y religioso, vid. Bures, O.: *EU Counterterrorism Policy: A Paper Tiger?*, Routledge, Londres-Nueva York, 2011, pp. y 9 ss.

5 A modo de ejemplo, véanse las definiciones de terrorismo que figuran en el artículo 270 *sexies* del Código Penal italiano y en el artículo 3.2 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo.

6 Bures, O.: *EU Counterterrorism Policy: A Paper Tiger?*, cit., p. 55.

7 Fourez, G.: *Victimes et terrorisme au XXIe siècle: une production spécifique*, Revue de droit penal et de criminologie, n. 4, 2018, p. 439.

8 *Ídem*, p. 441.

9 *Ídem*, p. 442.

10 Ilustra la estructura interdisciplinar del nuevo paradigma del “Derecho de seguridad” SIEBER, U.: *The paradigm shift in the global risk society: from criminal law to global security law - an analysis of the changing limits of crime control*, Journal of Eastern-European Criminal Law, núm. 1, 2016, p. 14.

nidad y restaurativa-civil<sup>11</sup>). Las intervenciones en el ámbito penal tienen un contenido draconiano: garantizar la seguridad<sup>12</sup> se convierte en un problema central (“*security first*”)<sup>13</sup> para el legislador y las autoridades responsables de la aplicación del Derecho.

Garantizar la seguridad es una tarea y un problema central para el legislador y para las autoridades responsables de la aplicación de la ley. En otras palabras, la gravedad de la emergencia terrorista y la sensación de fuerte inseguridad que de ella se deriva requieren la identificación de medidas preventivas y represivas efectivas y eficaces, capaces sobre todo de evitar la realización de atentados mediante una intervención lo más anticipada posible por parte de las autoridades públicas (*chronological pre-emption of terrorist attacks, o anti-*

*ciipatory intervention*)<sup>14</sup>. Como se ha mencionado, estas medidas tienen inevitablemente una naturaleza penal. Además del componente violento que caracteriza al terrorismo, los terroristas se proclaman “soldados de Alá” y consideran a la civilización occidental como un enemigo<sup>15</sup>. Por tanto, observado desde la perspectiva de los Estados europeos, el terrorismo evoca ideológicamente un típico clima de guerra al margen de un conflicto armado establecido en virtud del Derecho internacional<sup>16</sup>.

En este contexto, la lucha contra el terrorismo a través del Derecho penal plantea un problema extremadamente delicado a nivel constitucional. Aunque la doctrina aún parece dividida al respecto<sup>17</sup>, la dialéctica entre libertad y seguridad parece revelar la existencia

11 Como en el caso de la intervención del legislador español destinada a satisfacer los derechos de las víctimas de delitos de terrorismo a la indemnización de daños (artículos 72.5 y 72.6 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria). Para más detalles sobre esta cuestión, vid. Letschert, R./Ammerlaan, K.: *Compensation and Reparations for Victims of Terrorism*, en Letschert, R./Pemberton, A./Staiger, I. (eds.): *Assisting Victims of Terrorism: Towards a European Standard of Justice. Towards a European Standard of Justice*, Springer Netherlands, 2009, pp. 215 y ss.

12 El concepto de “seguridad” carece todavía de un marco sólido dentro de la teoría constitucional de los derechos: vid. Masferrier, A.: *The fragility of fundamental rights in the origins of modern constitutionalism: its negative impact in protecting human rights in the ‘war on terror’ era*, in *Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law. Crossing Legal Boundaries in Defence of the State*, cit., p. 39; Pace, A.: *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, Rivista AIC, núm. 1, 2015, 6 febrero 2015; Fenucci, T.: *Quanto spazio c’è per un diritto individuale alla sicurezza nell’ordinamento costituzionale italiano? Brevi osservazioni*, federalismi.it, núm. 22, 25 noviembre 2015; Ullmann, R.: *Redefining Security*, International Security, 8, 1, 1983; Baldwin, D.: *The Concept of Security*, Review of International Studies, 23, 1, 1997, pp. 6 y ss.; Wæver, O.: *Concepts of Security*, University of Copenhagen - Institute of Political Science, Copenhagen, 1997; Hough, P.: *Understanding Global Security*, Psychology Press, Nueva York, 2004. En la doctrina penalista, en cuanto a los diferentes significados del concepto “evasivo y incluso anfibológico” de “seguridad”, a sus diferentes implicaciones y a la derivación de este concepto a partir del diferente, más genérico e igualmente anfibológico término de “orden público”, vid. Bernardi, A.: *Il proteiforme concetto di sicurezza: riflessi in ambito penale*, in Desanti, L./Ferretti, P./Manfredini, A.D. (eds.): *Per il 70. compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di facoltà*, Giuffrè, Milán, 2009, pp. 1 y ss.; idem, *Sicurezza e diritto penale in Italia e nella Unione europea*, Annali dell’Università di Ferrara - Scienze Giuridiche, Nuova Serie, Vol. XXII, 2008, pp. 17 y ss. Sobre esta materia, entre otros muchos, cfr. Pulitanò, D.: *Sicurezza e diritto penale*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2009, pp. 547 y ss.; Castronuovo, D.: *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del ‘penale’ nella giurisprudenza della Cassazione*, Diritto penale contemporaneo, 21 julio 2011, p. 22; Mezzetti, E.: *I reati contro l’ordine pubblico*, en Fiorella, A. (ed.): *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, 2ª ed., Giappichelli, Turín, 2016, pp. 475 y ss.; Cavaliere, A.: *Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, en Hassemer, W./Kempf, E./Moccia, S. (eds.): *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, Beck, Múnich, 2009, pp. 111 y ss.; Donini, M./Pavarini, M. (eds.): *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, Bolonia, 2011.

13 Bures, O.: *EU Counterterrorism Policy: A Paper Tiger?*, cit., p. 205.

14 Walker, C.: *Terrorism and the Law*, cit., en particular pp. 204 y ss.

15 Bartoli, R.: *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, Diritto penale contemporaneo, 30 marzo 2017, p. 2.

16 Fuera del escenario europeo, los focos de guerra siguen escribiendo páginas dramáticas en la historia de las relaciones internacionales en el ámbito de la “democracia militante”: es decir, de las misiones internacionales dirigidas a difundir la paz y la democracia en zonas dominadas por el Estado Islámico. En la doctrina, para una reconstrucción del debate en torno a la opción de contrastar el terrorismo a través de intervenciones militares, vid. Bures, O.: *EU Counterterrorism Policy. A Paper Tiger?*, cit., pp. 56 y ss.; Mullins, S.: *‘Home-Grown’ Jihad. Understanding Islamist Terrorism in the US and UK*, River Edge: Imperial College Press, Londres, 2016, pp. 36 ss.; Llobet, M.: *Terrorism: Limits Between Crime and War. The Fallacy of the Slogan ‘War on Terror’*, en *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency. Security and Human Rights in Countering Terrorism*, cit., pp. 101 y ss.; Walker, C.: *The Impact of Contemporary Security Agendas Against Terrorism on the Substantive Criminal Law*, idem, pp. 122-123; idem: *Terrorism and the Law*, cit., p. 386.

17 En particular, acerca de las relaciones entre libertad y seguridad, la doctrina se divide entre “1. Quien asume la efectividad en la lucha contra el terrorismo como única referencia para medir el desempeño de la UE, independientemente de las cuestiones legales y normativas; 2. Quien cree que existe una especie de trade-off entre la garantía de la seguridad y la protección de los ciudadanos frente a los instrumentos y organismos del Estado; 3. Quien afirma que los cimientos de las democracias se debilitarían si éstas permitieran cualquier violación de los derechos y libertades civiles por el bien de las medidas que garantizan la seguridad” (Edwards, G./Meyer, C.O.: *Introduc-*

de una relación de conflicto entre ambas. Como aproximación extrema, cuanto más se centran las reformas en el objetivo de aumentar la seguridad, en mayor grado resultan restringidos los derechos fundamentales<sup>18</sup>.

La focalización del Derecho penal en las ideas de emergencia y seguridad, en su intento por combatir los fenómenos delictivos graves<sup>19</sup>, termina por distorsionar su esencia y su vínculo con los principios y derechos fundamentales, generando repercusiones en términos de cultura jurídica que, aunque acaso imperceptibles para la mayoría a corto plazo, repercuten intensamente sobre el estado de salud del sistema penal. Varios elementos centrales de la teoría general del delito<sup>20</sup> y de la sanción penal<sup>21</sup> han entrado en crisis debido a las

decisiones de incriminación tomadas en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. Se trata de decisiones a menudo cargadas de un significado simbólico “demonizador”<sup>22</sup>, que se centran en la mera sospecha<sup>23</sup> y que, sobre todo, priorizan la eficacia de la represión y su carácter preventivo sobre la salvaguardia de los cánones básicos del Derecho penal<sup>24</sup> (hasta el punto de configurar, según parte de la doctrina, un modelo de “Estado preventivo”)<sup>25</sup>.

En tiempos de emergencia terrorista, el fuerte impacto mediático del fenómeno y el debate político al respecto afectan también a la gestión del problema, tiñendo de manera creciente las soluciones adoptadas de tintes populistas irracionales e instrumentalizadores<sup>26</sup>

---

*tion: Charting a Contested Transformation*, in *Journal of Common Market Studies*, Iss. 46, núm. 1, 2008, p. 16); o, en otras palabras, entre los que creen que “la seguridad es la primera libertad y/o el bien común”, los que sostienen que “de alguna manera tanto la seguridad como la libertad deberían ser los valores de principio que deben ser equilibrados” y, por último, aquellos para los que “la libertad de la persona es el primer principio” (Bures, O.: *EU Counterterrorism Policy: A Paper Tiger?*, cit., pp. 205-206). Además, vid. Gearty, C.: *Liberty and Security*, Polity Press, Cambridge, 2013, *passim*; Balzacq, T./Carrera, S. (eds.): *Security Versus Freedom? A Challenge for Europe's Future*, Ashgate, Aldershot, 2006. Critican la dicotomía seguridad vs libertad, afirmando que “pueden reforzarse mutuamente”, Bronitt, S./Donkin, S.: *Australian Responses to 9/11: New World Legal Hybrids?*, en Masferrer, A. (ed.): *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency. Security and Human Rights in Countering Terrorism*, cit., p. 227.

18 Bartoli, R.: *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Turín, 2008, p. 4.

19 Para más detalles, vid. Moccia, S.: *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Nápoles, 1997.

20 El carácter preventivo de las recientes políticas antiterroristas y la anticipación desenfadada de la tutela penal respecto al daño o peligro de los bienes jurídicos ponen en crisis, por ejemplo, las teorías generales sobre la tentativa y sobre la participación en el delito: teorías, éstas, erigidas con carácter general sobre la irrelevancia de los actos meramente preparatorios, así como de los hechos con una materialidad atenuada y con un leve desvalor en el plano objetivo.

21 En el ámbito de la lucha contra el terrorismo, el abandono de la finalidad reeducativa de la pena —cfr., *infra*, sub par. 3. d)— forma parte de la tendencia general hacia la “disminución de *welfare penalty* y de su ideal de rehabilitación, una visión que ha sido dejada de lado gradualmente por un cambio punitivo importado de Estados Unidos según algunos, o por una forma de ‘nueva penología’ o ‘cultura de control’ según otros, o incluso, como sugiere una interpretación más prudente y posmoderna, por una mezcla de influencias que oscilan entre el castigo y el *welfare*”: Bailleau, F./Cartuyvels, Y.: *Juvenile justice in Europe. Between continuity and change*, en Body-Gendrot, S./Hough, M./Kerezi, K./Lévy, R./Snacken, S. (eds.): *The Routledge Handbook of European Criminology*, Routledge, Londres-Nueva York, 2014, pp. 465-466.

22 La expresión es de Cancio Meliá, M.: *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, cit., p. 42.

23 Por ejemplo, en el Reino Unido se pueden imponer sanciones penales a las personas que llevan ropa, poseen o buscan objetos que dan lugar a la sospecha de que la persona ha decidido, o puede haber decidido, preparar o incluso incitar a alguien a cometer un acto terrorista (*Section 13 e 57 del Terrorism Act 2000*).

24 Cfr. Cahn, O.: *Le dispositif antiterroriste français est-il une loi d'exception?*, en Alix, J./Jacquelin, M./Manacorda, S./Parizot, R. (eds.): *Humanisme et Justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, París, 2016, p. 460.

25 Denninger, E.: *Dallo “Stato di diritto” allo “Stato di prevenzione”*, en *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, cit., *passim*.

26 *Ex multis*, vid. Battistelli, F.: *La sicurezza e la sua ombra. Terrorismo, panico, costruzione della minaccia*, Donzelli, Roma, 2016. En el Reino Unido, por ejemplo, los informes de los medios de comunicación se han dirigido repetidamente contra los tribunales nacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el *Human Rights Act* y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que han sido acusadas de infravalorar las implicaciones de sus decisiones sobre la protección de la seguridad nacional, así como de oponerse a la expulsión de muchas personas peligrosas del territorio nacional y a la concesión de poderes adicionales al poder ejecutivo. Vid. Barret, D.: *The terrorist we can't deport because of his human rights*, *The Telegraph*, 15 agosto 2013, <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/terrorism-in-the-uk/10245907/The-terrorist-we-cant-deport-because-of-his-human-rights.html>; Mendick, R.: *Human Rights Act has helped 28 terrorists to stay in the UK*, *idem*, 31 enero 2015, <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/terrorism-in-the-uk/11381944/Human-Rights-Act-has-helped-28-terrorists-to-stay-in-UK.html>. La misma línea de pensamiento también fue propagada por la ex Primera Ministra del Reino Unido, Theresa May: vid. *UK must leave European convention on human rights, says Theresa May*, *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/politics/2016/apr/25/uk-must-leave-european-convention-on-human-rights-theresa-may-eu-referendum>.

que, en los casos más extremos, pueden llegar a perjudicar la separación de poderes<sup>27</sup>. El segundo problema que se plantea, igualmente delicado, es de carácter social. Un Derecho penal antiterrorista altamente excepcional corre el riesgo de confundir a los *terroristas*, a los *individuos radicalizados*<sup>28</sup> y a las *personas en proceso de radicalización*<sup>29</sup> y, por lo tanto, de exacerbar el odio hacia (y dentro de) las comunidades islámicas. En otras palabras, corre el riesgo de acercarse imperceptiblemente al límite de la discriminación y de hacer que la represión se convierta, indirectamente, en un factor más de confrontación y de radicalización potencial de aquellos individuos —que a menudo son ciudadanos europeos, incluso de una joven o muy joven edad— marginados de la vida social por imperfectas estrategias de integración<sup>30</sup>.

### 3. La involución de los sistemas penales europeos durante la emergencia terrorista

La emergencia terrorista ha llevado a los Estados y a las organizaciones internacionales (Unión Europea, Consejo de Europa, Naciones Unidas) a responder a la

creciente demanda de seguridad introduciendo reformas que han endurecido considerablemente las normativas sectoriales de los Estados europeos.

El Derecho penal antiterrorista se caracteriza esencialmente por los siguientes rasgos.

A) *La ampliación significativa del ámbito de los comportamientos delictivos y de los sujetos calificados como terroristas (net-widening)*<sup>31</sup>, realizada a través de formas de “represión preventiva” extremadamente distantes del momento en que surge un peligro concreto de realización de un atentado terrorista<sup>32</sup>.

B) *La falta de materialidad de las conductas sancionadas*, que acaba coincidiendo con comportamientos que integrarían, en sí mismos, hipótesis de mero ejercicio de las libertades fundamentales de uso cotidiano (de formación y expresión del pensamiento, de movimiento, etc.)<sup>33</sup>.

C) *El rol central que juega la prueba de la existencia de una finalidad terrorista* que sirve de apoyo a la conducta<sup>34</sup>.

D) *La pérdida de centralidad de la finalidad reeducativa de la pena*, expresamente relegada por el razonamiento de un número cada vez mayor de tribunales<sup>35</sup>,

27 En el Reino Unido (cuyo sistema jurídico de *common law* difiere de los sistemas continentales de *civil law* en cuanto a la separación de poderes), la presión ejercida sobre el poder judicial por el frente político parece aún más evidente y peligrosa que la ejercida por los medios de comunicación de masas. En el pasado, el *New Labour* exhortó al poder judicial a apoyar la política de guerra contra el terrorismo (“*war on terror*”) declarando públicamente que es tarea de los tribunales no sólo interpretar las disposiciones legales y proteger los derechos fundamentales, sino también “*proteger a la mayoría de la minoría*, tanto de la minoría como de la mayoría” (Sparrow, A.: *Blunkett attacks judiciary in fight over terrorism*, The Telegraph, 4 octubre 2001, <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1358394/Blunkett-attacks-judiciary-in-fight-over-terrorism.html>; énfasis añadido). Según la política desarrollada por el Reino Unido desde el 11 de septiembre, “[n]o puede considerarse correcto que los derechos de una persona sospechosa de terrorismo se sitúen por encima de los derechos y la vida de la población británica”: *In full: John Reid speech*, BBC News, 28 septiembre 2006. Además, en la misma línea de pensamiento populista, el miembro del *Conservative Party* Dominic Raab elogió el “resurgimiento” de la cadena perpetua en la legislación y la práctica nacionales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo como expresión de un “rechazo definitivo de las ridículas decisiones de Estrasburgo que exigen que se dé a los delincuentes más peligrosos la oportunidad de ser liberados”: Independent, *Whole-life sentences: ‘Life means Life’ for worst offenders ruled legal by Court of Appeal*, 18 febrero 2014, <http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/whole-life-sentences-life-means-life-for-worst-offenders-ruled-legal-by-court-of-appeal-9135538.html>.

28 Cuya adhesión ideológica al fundamentalismo no siempre resulta en la realización de actos preparatorios para ataques de tal consistencia material que generen un peligro concreto para los bienes jurídicos.

29 Que, de diversas maneras, han entrado en contacto con la ideología fundamentalista, pero que, desde un punto de vista penalista, no deberían ser considerados más que fidelizados a esa ideología, sin haber cometido todavía ningún acto vagamente peligroso.

30 Para más detalles y referencias bibliográficas, vid. Legrand, T./Bronitt, S./Stewart, M.: *Evidence of the impact of counter-terrorism legislation*, en *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, cit., pp. 311-312. Para un análisis que también reconozca una resistencia dentro de las propias comunidades islámicas, cfr. Bures, O.: *EU Counterterrorism Policy: A Paper Tiger?*, cit., pp. 25-26.

31 Walker, C.: *Terrorism and the Law*, cit., pp. 204 y ss.

32 Masarone, V.: *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2013, en particular pp. 203 y ss.

33 Caneppelle, S.: *The terrorist threat before and after 9/11. What has changed in Europe*, en *The Routledge Handbook of European Criminology*, cit., p. 485.

34 Brizi, L.: *L’illecito penale costruito ex latere subiecti: la “finalità di terrorismo” alla prova del diritto penale del fatto*, *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, núm. 1, 2017, pp. 14 y ss.

35 Según las cuales no sería posible desarrollar dos momentos inherentes a la finalidad reeducativa: el *diálogo* constante entre el condenado y las instituciones penitenciarias, y la *adaptación periódica* de la pena a la evolución de cada hecho humano y a la diferente intensidad, a lo largo del tiempo, de las exigencias retributivas, preventivas generales y preventivas especiales, que caracterizan la orientación de la propia sentencia hacia la reinserción social. Así, por ejemplo, en el Reino Unido el Lord Chief Justice Thomas Henry Bingham motivó la decisión de apelar en el punto de la pena (reducida, en este caso, de 35 a 28 años para un grupo de individuos

y bien reemplazada por otras finalidades que no pueden ser alcanzadas debido a las características criminológicas del terrorismo internacional, o bien implementada de manera problemática desde el punto de vista de los cánones constitucionales, casi hasta el punto de ser sustancialmente aniquilada<sup>36</sup>. Estas otras finalidades consisten esencialmente en reafirmar la autoridad del Estado, la confianza de sus ciudadanos y la estabilidad social; restablecer el orden ético y la conciencia moral; o expresar la solidaridad simbólica no sólo con las víctimas de los delitos de terrorismo, sino también con otros Estados afectados por los atentados<sup>37</sup>. El Derecho penal contra el terrorismo también tiene como objetivos la orientación cultural, la intimidación y el control social a través de formas de neutralización de los terroristas *in pectore*, con el fin de “mantener la seguridad, al menor coste posible, frente a una clase peligrosa de individuos cuya rehabilitación se considera vana e imposible”<sup>38</sup>.

En particular, la neutralización de cualquier presunto terrorista pone de relieve la dimensión pública de la sanción penal, vinculada a su vez con el objetivo de garantizar la seguridad nacional mediante una mayor prevención general y, en consecuencia, un mejor equilibrio social. La exhibición de este último —previsto

explícitamente, por ejemplo, en el artículo 130-1 del Código Penal francés tras la *Loi 2014-896* de 15 de agosto de 2014<sup>39</sup>— como fin de la pena puede aludir a la necesidad no sólo de “satisfacer las necesidades sociales del castigo, de modo que se exijan sanciones que puedan mantener a los delincuentes encarcelados de por vida”<sup>40</sup>, sino también de restaurar el orden social alterado. Junto con las incertidumbres asociadas a la percepción cambiante de cada fenómeno delictivo en la sociedad de un momento histórico o restauración de regímenes dictatoriales, pero también (aunque en menor escala) en aquellos países donde el fenómeno del “populismo penal”<sup>41</sup> parece estar en constante expansión<sup>42</sup>, establecer un vínculo directo entre la imposición de la sanción penal y el restablecimiento del equilibrio social recuerda la temida explotación de la pena con el fin de reprimir la disidencia política (más o menos desestabilizadora para el orden público que sea) y estabilizar la

---

que trabajaron juntos para preparar ataques terroristas de matriz nacionalista-separatista: (1999) 1 Cr. App. 477) declarando que “al condenar los delitos de terrorismo más graves, el objetivo del Tribunal será castigar, disuadir e incapacitar: es plausible que la rehabilitación tenga que involucrar a una parte menor (o nada)” (*idem*, p. 489). Como ha observado parte de la doctrina, la rígida orientación expresada por declaraciones como la que acaba de mencionarse reduce cualquier posible utilidad de los programas de rehabilitación para los delincuentes extremistas: Appleton, C./Walker, C.: *The penology of terrorism*, en *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, cit., p. 456. Sobre algunos remedios en el Reino Unido para hacer frente al riesgo de radicalización en las cárceles, vid. Walker, C.: *Terrorism and the Law*, cit., p. 288.

36 Delmas-Marty, M.: *Vers une justice pénale prédictive*, in *Humanisme et Justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudice-lli-Delage*, cit., p. 61.

37 Bernardi, A.: *Lotta senza quartiere al terrorismo fondamentalista in Europa: riflessi sulle funzioni della pena*, en C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. Gatta (eds.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milán, 2018, *passim*.

38 F. Galli, *The Law on terrorism: the UK, France and Italy compared*, cit., 2015, p. 29.

39 Y, por lo tanto, con un alcance general, resultando aplicable en el contexto de la lucha no sólo contra el terrorismo internacional, sino también contra cualquier otro sector criminal. El nuevo texto del Art. 130-1 *Code pénal* establece expresamente la vocación general de la pena de “garantizar la protección de la sociedad, prevenir la comisión de nuevos delitos y restablecer el equilibrio social” (énfasis añadido). En la doctrina, vid. L. Grégoire, *Les mesures de sûreté: un moyen au service de la lutte contre le terrorisme?*, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, núm. 1, 2015, p. 67. Respecto de otros Estados (en particular China y Bulgaria) cuya legislación ha reconocido expresamente —aunque con algunas diferencias— la finalidad de prevención general de la pena, vid. L. Pasculli, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova University Press, Padua, 2012, p. 54, nt. 29.

40 M. Llobet Anglès, *Terrorismo o terrorismos? Sujetos peligrosos, malvados y enemigos*, RJUAM, núm. 31, 2015-I, p. 229.

41 Que aprovecha de forma oportunista las cuestiones abiertas en el seno de la sociedad y del sistema penal para manejar el miedo generalizado de los ciudadanos y para generar en torno a sí un consenso político, en detrimento de la racionalidad del debate sobre las medidas que se deben adoptar para contrastar los diversos fenómenos criminales: *ex multis*, vid. J. Pratt, *Penal Populism*, Routledge, Londres-Nueva York, 2007; J. Pratt, M. Miao, *Penal Populism: The End of Reason*, The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper, núm. 2, 2017, pp. 71 y ss.; L. Riscato, D. Pulitanò, A. Manna, C. Sotis, A. Sessa, S. Bonini, G. Insolera, N. Mazzacuva, T. Guerini, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, *Diritto penale contemporaneo*, 21 diciembre 2016; S. Anastasia, M. Anselmi, D. Falcinelli (eds.), *Il populismo penale. Una prospettiva italiana*, Cedam, Padua, 2015.

42 Acerca de los recientes avances del populismo en Europa, véase —con especial referencia a las múltiples facetas de las cesiones de soberanía criminal a las organizaciones supranacionales y a los diversos intentos de reubicarlas a nivel nacional— el ensayo monográfico de A. Bernardi, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Jovene, Nápoles, 2019.

mayoría de gobierno mediante la neutralización de sus oponentes<sup>43</sup>.

E) *La introducción de regímenes de ejecución excepcionales*, a veces hasta el límite de la desproporción manifiesta<sup>44</sup>. En España, en el contexto del modelo diferenciado por grados —con disminución de la aflicción, pasando del primero al tercero— diseñado por la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) para garantizar una mejor “individualización científica” de la pena sobre la base de principios como la flexibilidad y la profesionalización de la fase de ejecución (artículo 72 LOGP), el legislador español esencialmente: *i*) ha prolongado el tiempo durante el cual es aplicable el sistema de “prisión dura” en régimen de aislamiento; *ii*) ha previsto la posibilidad de conceder adicionalmente la libertad vigilada como medida de seguridad *post delictum*<sup>45</sup>; y *iii*) ha endurecido las condiciones necesarias para avanzar hacia el tercer grado de ejecución de la pena, en cuyo marco puede concederse la libertad condicional<sup>46</sup>. Así, por ejemplo, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 36.2 del Código Penal, los condenados a más de cinco años de prisión por delitos de terrorismo no pueden acceder al tercer grado de ejecución si no han cumplido la mitad de la pena como período de seguridad. Además, en el caso de reincidencia en delitos de terrorismo, el paso

al tercer grado de ejecución y la concesión de la libertad condicional están subordinados al cumplimiento de períodos de privación de libertad verdaderamente significativos, que pueden llegar hasta los 32 y 35 años<sup>47</sup>. El legislador español también exige que el condenado muestre signos inequívocos de haber abandonado los objetivos y medios de la actividad terrorista y que haya cooperado activamente con las autoridades para que el juez pueda aplicar la libertad condicional<sup>48</sup>. Dicha cooperación debe tener por objeto prevenir la comisión de otros delitos por parte de organizaciones o grupos terroristas, atenuar los efectos del delito cometido por el propio colaborador, identificar, detener y procesar a otras personas responsables de delitos de terrorismo, obtener pruebas o impedir la acción o el desarrollo de las organizaciones con las que el condenado haya cooperado. Entre las posibles formas en que el delincuente puede expresar su disociación del terrorismo figuran, por ejemplo, declaraciones expresas de repudio de las actividades de la asociación o grupo en que el condenado participó y las peticiones de perdón de las víctimas del delito cometido<sup>49</sup>. Además, desde el año 2003, el sistema de cumplimiento íntegro de la pena previsto en los artículos 76 y 78 del Código Penal establece, excepcionalmente, que la pena máxima impuesta a quienes hayan sido condenados por dos o más delitos de terro-

43 Dicho riesgo de explotación es el corolario más alarmante de la mencionada tendencia del Derecho penal contra el terrorismo hacia el *net-widening* (cfr., *supra*, *sub a*). El tema parece haber vuelto a un primer plano, teniendo en cuenta lo sucedido en Turquía con el caso del Presidente Erdogan. Además, señalan la existencia y la actualidad del peligro en cuestión en relación con el sistema penal español N. García Rivas, *Legislación penal española y delito de terrorismo*, en G. Portilla Contreras, A.I. Pérez Cepeda (dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2017, pp. 87 y ss., en particular pp. 100-101; M. Llobet Anglí, *Terrorismo o terroristos? Sujetos peligrosos, malvados y enemigos*, cit., pp. 228 y ss.; A. Bianchi, *Security Council's Anti-terror Resolutions and their Implementation by Member States: An Overview*, Journal of International Criminal Justice, Vol. 4, Iss. 5, 2006, p. 1051. En España, de hecho, como consecuencia de la turbulenta historia política del país, las extremas reacciones preventivas y punitivas frente al terrorismo son objeto de ulterior intensificación por una parte del poder judicial comprometida, según parte de la doctrina, con la criminalización del contexto político, ideológico y social y, en particular, de partidos políticos y asociaciones que nunca habían recurrido a la violencia: E. Garro Carrera, *Absurdités de la politique criminelle espagnole antiterroriste. Réflexions critiques sur la stratégie pénale et pénitentiaire pour lutter contre l'ancien et le nouveau terrorisme*, Archives de politique criminelle, núm. 38, 2016; M. Llobet-Anglí, A. Masferrer, *Counter-terrorism, emergency, and national laws*, in *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, cit., p. 45.

44 Para más detalles, v. A. Díaz Gómez, *Líneas político-criminales de la ejecución penal de personas condenadas por delitos de terrorismo*, en *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, cit., pp. 214 y ss.

45 Artículos 105 y ss. del Código Penal. Cfr. J.M. Paredes Castañón, *Una modesta proposición para derogar los delitos de terrorismo (o casi)*, en *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, cit., p. 85; M. Muñoz de Morales Romero, C. Rodríguez Yagüe, *Terrorismo vs. leyes y jueces: el reconocimiento de condenas penales europeas a efectos de acumulación. A propósito del caso Picabea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 35 y ss.

46 Art. 90 del Código Penal. Al respecto, vid. M. Ollé Sesé, *A propósito de la libertad condicional y traslados de penados por terrorismo*, en *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, cit., pp. 228 y ss.

47 Artículos 78 y 78 bis del Código Penal. V. E. Garro Carrera, *Absurdités de la politique criminelle espagnole antiterroriste. Réflexions critiques sur la stratégie pénale et pénitentiaire pour lutter contre l'ancien et le nouveau terrorisme*, Archives de politique criminelle, núm. 38, 2016; M. Ollé Sesé, *A propósito de la libertad condicional y traslados de penados por terrorismo*, cit., p. 230.

48 Artículo 90.8 del Código Penal. V. E. Garro Carrera, *Absurdités de la politique criminelle espagnole antiterroriste. Réflexions critiques sur la stratégie pénale et pénitentiaire pour lutter contre l'ancien et le nouveau terrorisme*, Archives de politique criminelle, núm. 38, 2016, p. 162.

49 M. Llobet-Anglí, A. Masferrer, *Counter-terrorism, emergency, and national laws*, cit., p. 43 y referencias bibliográficas *ivi*.

rismo, cuando uno de ellos sea sancionable con pena de prisión de más de 20 años, es igual a 40 años<sup>50</sup>. En este sector delictivo, la orientación hacia la neutralización del terrorista se ha visto exacerbada por reintroducción en el ordenamiento jurídico español de la prisión permanente revisable, operada a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>51</sup>. Esta forma de cadena perpetua sólo puede mitigarse al final de períodos mínimos obligatorios de expiación de la pena que también son extremadamente largos en términos absolutos y relativos, si se comparan con los períodos de tiempo mucho más cortos establecidos por la ley para el reconocimiento de beneficios como los permisos de salida, la progresión hacia el tercer grado de ejecución y la libertad condicional en sectores delictivos distintos del terrorismo<sup>52</sup>.

### 3.1. Algunas estadísticas

Los rasgos descritos del Derecho penal contra el terrorismo reflejan la primacía de la seguridad colectiva en el ordenamiento jurídico y la correspondiente remodelación a la baja de la protección de los principios y derechos fundamentales<sup>53</sup>, dirigida, en esencia, a facilitar la represión mediante la disminución de la probabilidad de absolución de los imputados en el procedimiento (*reduction of safeguards to favour prosecution*)<sup>54</sup>. Por un lado, el legislador ha tomado nota de que, en el pasado, “un número relativamente bajo de procedimientos por terrorismo han tenido un resultado favorable a la acusación”<sup>55</sup>, debido principalmente a la dificultad de probar la existencia de una finalidad terro-

rista de manera rigurosa y con base en circunstancias objetivas<sup>56</sup>. Por otro lado, las mencionadas desviaciones del modelo constitucional de Derecho penal alteran profundamente el sistema jurídico. Como demuestran los datos estadísticos agregados publicados por Eurojust<sup>57</sup> y Europol<sup>58</sup>, el enfoque orientado a estimular la hiperefectividad del Derecho penal antiterrorista mediante todos los instrumentos preventivos y represivos disponibles<sup>59</sup>, adoptado por las recientes reformas dirigidas a mejorar la seguridad pública, ha dado lugar a una reducción significativa, año tras año, del porcentaje de absoluciones —y, en paralelo, a un aumento del porcentaje de condenas— por cargos relacionados con delitos terroristas<sup>60</sup>.

De entre los datos disponibles en los mencionados documentos estadísticos europeos, cabe destacar que entre 2011 y 2013 el porcentaje de absoluciones por delitos de terrorismo en Europa se redujo del 31% (el mismo porcentaje se calculó en 2007)<sup>61</sup> al 23%, mientras que el relativo a las condenas ha experimentado incrementos constantes que han culminado en un 99% verdaderamente elocuente en el periodo comprendido entre septiembre y diciembre de 2013<sup>62</sup>. El Informe “*TE-SAT 2016 (European Union Terrorism Situation and Trend Report)*” apoya los datos difundidos por Eurojust: el porcentaje de condenas por delitos terroristas de origen fundamentalista sigue siendo muy elevado (94%), mientras que las sentencias absolutorias siguen disminuyendo constantemente (incluso, por ejemplo, del 31% en 2011 al 21% en 2015). El último de los Informes citados testimonia que el porcentaje de condenas entre las sentencias dictadas en causas por terro-

50 Cfr. M. Muñoz de Morales Romero, C. Rodríguez Yagüe, *Terrorismo vs. leyes y jueces: el reconocimiento de condenas penales europeas a efectos de acumulación. A propósito del caso Picabea*, cit., en particular pp. 22 y ss.

51 *Ex multis*, vid. J. Mira Benavent, *Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo*, in *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, cit., p. 113; M. José Sánchez Robert, *Complexion of the Constitutionality of Life Imprisonment in the European Union. Particular Reference to the Spanish and German Legislations*, EuCLR, Vol. 7 (2017), Iss. 2, pp. 177 y ss.

52 A. Díaz Gómez, *Líneas político-criminales de la ejecución penal de personas condenadas por delitos de terrorismo*, cit., p. 221; G. Fernández García, *Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable*, Revista penal, núm. 44, 2019, pp. 42 y ss.

53 V. M. Delmas-Marty, *Vers une justice pénale prédictive*, cit., p. 61.

54 Cfr. C. Walker, *The Impact of Contemporary Security Agendas Against Terrorism on the Substantive Criminal Law*, cit., p. 136.

55 R. Barberini, *Il giudice e il terrorista. Il diritto e le sfide del terrorismo globale*, Einaudi, Turin, 2008, p. XVI.

56 *Ibidem*.

57 Eurojust, *Terrorism Convictions Monitor*, disponible en <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Pages/TCM.aspx>.

58 Europol, *EU Terrorism Situation & Trend Report*, disponible en <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/eu-terrorism-situation-and-trend-report>.

59 Cfr. J.A.E. Vervaele, *Counterterrorism: Net Widening and Function Creep in Criminal Justice*, en R. Wenin, G. Fornasari (ed.), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2017, pp. 257 y ss.; F. Galli, *Freedom of thought or ‘thought-crimes’? Counter-terrorism and freedom of expression*, cit., p. 123.

60 V. C. Walker, *The Impact of Contemporary Security Agendas Against Terrorism on the Substantive Criminal Law*, cit., p. 136.

61 Europol, *Terrorism Situation and Trend Report 2008*, TE-SAT 2008, p. 15.

62 Eurojust, *Terrorism Convictions Monitor*, Iss. 18, febrero 2014, p. 22.

rismo internacional en 2018 es del 89%, el mismo que en 2017<sup>63</sup>.

Esta situación vulnera gravemente la presunción de inocencia a nivel operativo, en la medida en que, con el objetivo de neutralizar la peligrosidad potencial, presunta o sospechada, del tipo de autor que se juzga<sup>64</sup>, es sustituida por una suerte de una “pena *in progress*”<sup>65</sup> que se desarrolla desde las investigaciones preliminares hasta el final —como ya se ha dicho, cada vez más dilatado— de la fase de ejecución. Además, los límites fisiológicos al cumplimiento de los objetivos de la prevención penal —relacionados en particular con la conciencia de la forma selectiva en que se persigue el delito, de las limitaciones del procedimiento judicial, o de la forma de ejecutar las sanciones<sup>66</sup>, que junto con otros factores hacen imposible la utopía de un “riesgo cero”<sup>67</sup>— y la concepción del derecho penal como *Magna Charta* del delincuente son radicalmente reemplazados por un nuevo Derecho penal “máximo”<sup>68</sup> que persigue, ante todo, alcanzar la mayor intensidad sancionadora posible<sup>69</sup>.

#### 4. Los paradigmas penales de la lucha contra el terrorismo y su problemática combinación

Las características del Derecho penal antiterrorista reflejan ciertas orientaciones de política criminal que entran en tensión con ciertos postulados constitucionales. Dichas orientaciones han sido resumidas por la doctrina a través de los paradigmas del Derecho penal del autor (o orientado al tipo de autor), de lucha y del enemigo.

*El Derecho penal del autor* —o orientado al tipo de autor<sup>70</sup>— desplaza el enfoque del individuo hacia grupos de individuos, basando la responsabilidad penal en evaluaciones inherentes a la categoría a la que pertenece el sujeto, más que en las características materiales, ofensivas y culpables del hecho cometido. En otras palabras, “más que la transgresión cometida, cuenta quién la comete”<sup>71</sup>.

Aunque conceptualmente distinto, *el Derecho penal de lucha* representa una especie de corolario de la orientación del Derecho penal hacia un determinado tipo de autor que se asocia a la perpetración de un determinado fenómeno delictivo. El Derecho penal se identifica como el instrumento prioritario para combatir no sólo al tipo de autor en cuestión, sino también al fenómeno delictivo de referencia en su totalidad<sup>72</sup>. Sin

63 Europol, *Terrorism Situation and Trend Report 2019*, p. 26.

64 V. J.A.E. Vervaele, *Counterterrorism: Net Widening and Function Creep in Criminal Justice*, cit., p. 258; O. Cahn, *Le dispositifs antiterroriste français est-il une loi d'exception?*, cit., p. 456; A. Bernardi, *Lotta senza quartiere al terrorismo fondamentalista: riflessi sulle funzioni della pena*, cit., en particular pp. 322 y ss.

65 *Ibidem*. Además, ex multis, v. F. Galli, *The War on Terror and Crusading Judges: Re-establishing the Primacy of the Criminal Justice System*, en *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency. Security and Human Rights in Countering Terrorism*, cit., p. 173.

66 J.-M. Silva Sánchez, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, traducido al italiano por V. Militello, Giuffrè, Milán, 2004, p. 44.

67 M. Delmas-Marty, *Vers une justice pénale prédictive*, cit., p. 65

68 L. Ferrajoli, *Cos'è il garantismo*, Criminalia, 2014, p. 135.

69 Desde una perspectiva general, sobre el desprecio por las formas y todos los principios y garantías del derecho penal como algo que se opone a una solución real de los problemas, cfr. J.-M. Silva Sánchez, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, cit., pp. 42 y ss. Siempre desde una perspectiva general, sobre la “idea del proceso como herramienta para implementar la sanción”, vid. el análisis crítico de D. Negri, *Circolazione del “curriculum criminale” tra i procedimenti penali*, in R.E. Kosteris, R. Orlandi (eds.), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, Turín, 2006, p. 321.

70 De entre la amplia bibliografía sobre la materia, cfr. desde diferentes ángulos y con variedad de acentos R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, cit., *passim*; G. Flora, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, pp. 559 y ss.; G. Marinucci, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, en *Studi in onore di Franco Coppi*, Giappichelli, Turín, 2011, pp. 1131 y ss.; M. Donini, *Terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, cit., *passim* (en particular p. 140); M. Donini, *Mafia e terrorismo come “parte generale” del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, cit., pp. 3 y ss.; F. Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Cedam, Milán, 2016, pp. 109 y ss.; F. Galli, *The War on Terror and Crusading Judges: Re-establishing the Primacy of the Criminal Justice System*, cit., p. 167; G. De Minico, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, cit., pp. 172 y ss.; G. Marino, *Lo “statuto” del terrorista: tra simbolo ed anticipazione*, *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, núm. 1, 2017, pp. 44 y ss.

71 F. Battistelli, *La sicurezza e la sua ombra. Terrorismo, panico, costruzione della minaccia*, cit., p. 26.

72 Para un marco y una evaluación crítica de la legitimidad y eficacia del “Derecho penal de lucha”, vid. M. Donini, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, en *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, cit., pp. 19 y ss.; ídem, *Mafia e terrorismo come “parte generale” del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, cit., *passim*.

embargo, de esta manera se distorsiona la función de la jurisdicción penal, que se resume en la determinación individual (e individualizada) de la responsabilidad por un hecho (no por un fenómeno) tipificado por la ley como delito y dotado de ciertas características objetivas (materialidad, ofensividad, etc.) y subjetivas (imputabilidad y culpabilidad).

En fin, *el Derecho penal del enemigo (Feindstrafrecht)*, paradigma elaborado por el jurista alemán Günther Jakobs<sup>73</sup> y duramente criticado por la doctrina en todo el mundo<sup>74</sup> —considera a los terroristas como individuos que niegan los valores en los que se basa la coexistencia pacífica y que, como tales, no serían en

modo alguno reeducables mediante la imposición de penas “ordinarias”. Por lo tanto, según Jakobs, el “Derecho penal del ciudadano” (*Bürgerstrafrecht*) debería ser sustituido por otro Derecho penal, destinado a la pura neutralización del peligro social, más que criminológico, de los terroristas<sup>75</sup>.

El equilibrio dogmático entre los diferentes paradigmas del Derecho penal contra el terrorismo tiende, sin embargo, a colapsar<sup>76</sup>, cuando se traslada al escenario de la emergencia terrorista y de la consiguiente alarma social, así como de las dinámicas jurídicas “*flou*”<sup>77</sup>, determinadas por la pérdida del monopolio estatal de la soberanía en materia penal —compartida con diversas

73 Entre varias contribuciones, cfr. G. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, HRRS, núm. 3, 2004, pp. 88 y ss.

74 Es imposible reseñar las innumerables reflexiones críticas realizadas en torno al modelo de Derecho penal del enemigo. Cfr. M. Donini, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., pp. 19 y ss.; ídem, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, Cassazione Penale, núm. 2, 2006, pp. 735 y ss.; y en *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Jovene, Nápoles, 2007, pp. 79 y ss.; ídem, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, Studi sulla questione criminale, núm. 2, 2007, pp. 55 y ss.; ídem, *Lo status di terrorista: tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l'uso del diritto come arma?*, en S. Moccia (ed.), *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2009, pp. 85 y ss.; ídem, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, cit., pp. 113 y ss.; ídem, *Mafia e terrorismo come “parte generale” del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, cit., pp. 9 y ss.; L. Gracia Martín, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-02, 11 enero 2005; M. Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, cit., pp. 24 y ss.; M. Cancio Meliá, C. Gómez-Jara Diez (eds.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Boadilla del Monte, 2006; M. Cancio Meliá, *Terrorismo y Derecho penal: sueño de prevención, pesadilla del Estado de Derecho*, en M. Cancio Meliá (ed.), *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2008, pp. 309 y ss.; M. Donini, M. Papa (eds.), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milán, 2007; A. Gamberini, R. Orlandi (ed.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007; M. Papa, *Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain: un débat international*, RSCDC, 2009, pp. 3 y ss.; *I diritti dei nemici*, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, tomo I, núm. 38, 2009; F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, *Questione giustizia*, núm. 4, 2006, pp. 666 y ss.; P. Morosini, *Continuità e novità della giurisprudenza in tema di terrorismo*, ídem, pp. 687 y ss.; F. Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2006, pp. 669 y ss.; ídem, *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale, ‘tra diritto penale del nemico’ e legittimi bilanciamenti*, in Studi Urbinate, A - Scienze giuridiche, politiche ed economiche, núm. 4, 2007, pp. 329 y ss.; ídem, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, en A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto (eds.), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milán, 2008, pp. Y 107 ss.; L. Ferrajoli, *Il “diritto penale del nemico”: un’abdicazione della ragione*, *ivi*, pp. 161 y ss.; G. Flora, *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione*, en Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2008, pp. 62 y ss.; G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi*, RSCDC, 2010, pp. 69 y ss.; A. Pagliaro, *“Diritto penale del nemico”: una costruzione illogica e pericolosa*, en M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (eds.), *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Nápoles, 2011, vol. I, pp. 435 y ss.; F. Zumpani, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, pp. 525 y ss.; S. Braum, *Are we heading towards a European form of ‘enemy criminal law’? On the compatibility of Jakobs’ conception of ‘an enemy criminal law’ and European criminal law*, en F. Galli, A. Weyembergh (ed.), *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?*, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2012, pp. 237 y ss.; G. Ciampa, *Non è un paese per vecchi (garantisti): nuove esigenze di difesa sociale e lotta al nemico nel diritto penale contemporaneo*, en *Studi in onore di Franco Coppi*, cit., pp. 781 y ss.; T. Padovani, *Diritto penale del nemico*, Pisa University Press, Pisa, 2014; R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, cit., *passim* (en particular pp. 10 y ss.); V. Masarone, *Política criminal e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, cit., pp. 281 y ss.; F. Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., pp. 109 y ss.; M. Pelissero, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, cit., pp. 99 y ss.; E. Demetrio Crespo, *Derecho penal del enemigo y teoría del derecho*, en *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, cit., pp. 35 y ss.

75 G. Jakobs, *In quale misura i terroristi meritano di essere trattati come persone titolari di diritti?*, en *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, cit., pp. 9-10.

76 Cfr. S. Bronitt, S. Donkin, *Australian Responses to 9/11: New World Legal Hybrids?*, cit., p. 224; antes, M. Pelissero, *Reato político e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, Nápoles, 2000, *passim*.

77 M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, París, 1986.

organizaciones supranacionales<sup>78</sup>— y por la progresiva europeización<sup>79</sup>, e incluso internacionalización pluralista<sup>80</sup>, del Derecho penal. En efecto, las reformas acometidas por los legisladores de los Estados miembros de la Unión Europea hibridan, de manera encubierta, los perfiles propios de cada uno de los paradigmas penales —del enemigo y de todos los demás modelos “intermedios”: del autor, de lucha, administrativizado, anticipado, de la neutralización, movilización y denuncia, simbólico—, así como las correspondientes funciones de la pena. Esto complica la categorización de las normas vigentes (y “vivientes”) en un determinado sistema penal dentro de un paradigma u otro, y dificulta la identificación de aquellas que ocultan graves violaciones de los derechos fundamentales de la persona<sup>81</sup>.

### 5. El proceso de armonización de los sistemas penales y la reutilización de modelos normativos nacionales hiperrepressivos en la lucha contra el terrorismo en Europa

En Europa, la legislación y la jurisprudencia penal antiterrorista nacionales muestran signos de una creciente convergencia, estimulada por un proceso de armonización (o aproximación) de los sistemas penales de los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa. Este proceso ha consolidado en el Derecho comparado una respuesta jurídica estándar al terrorismo, consistente en un conjunto de medidas preventivas que implican una ampliación del ámbito de intervención de las autoridades<sup>82</sup>.

La armonización normativa Europea se desarrolla de dos formas: una *vinculante* y otra *espontánea*.

La primera forma de armonización (*vinculante*) se realiza mediante la adopción de actos jurídicos de *hard law* que obligan a los Estados miembros de organiza-

ciones supranacionales —la Unión Europea, el Consejo de Europa y las Naciones Unidas— a modificar sus respectivas legislaciones penales. En particular, en lo que se refiere a la armonización vinculante dentro de la “Pequeña Europa”, la Unión tiene una competencia penal compartida con los Estados miembros, cuyo ejercicio tiene por objeto establecer normas mínimas relativas a la definición de delitos y sanciones (artículos 83.1 y 83.2 TFUE) con el fin de reducir las discrepancias entre las legislaciones penales nacionales en diversos ámbitos normativos de relevancia transnacional (entre los que figura la lucha contra el terrorismo, como se indica en el artículo 83.1 TFUE).

En el marco de la integración Europea en el ámbito penal, así como, de manera más general, de la globalización y del patrimonio cultural más homogéneo que ambos fenómenos alimentan, la segunda forma de armonización (*espontánea*) es estimulada “por el aumento de la circulación de personas e ideas, por la ósmosis de los modelos, por la conciencia adquirida de ofrecer respuestas a problemas comunes”<sup>83</sup>; por la “importación de [...] prácticas políticas tanto dentro de Europa como entre Europa y otras partes del mundo”<sup>84</sup>, y por la consiguiente “convergencia” creciente en el debate, las políticas y las *posibles* prácticas de prevención de la delincuencia en los Estados europeos”<sup>85</sup>.

En el ámbito de la lucha contra el terrorismo, la armonización espontánea de los sistemas penales en Europa se manifiesta en la *circulación de orientaciones de política criminal y de modelos normativos* —o, en otras palabras, en una “migración” de leyes y prácticas (judiciales y operativas) antiterroristas<sup>86</sup>— que se desarrolla tanto en *sentido horizontal* (es decir, de un Estado de la UE a otro) como en *sentido vertical ascendente* (es decir, desde uno o más Estados de la UE a las citadas organizaciones supranacionales que son competentes para la producción del Derecho penal antiterrorista).

78 El adjetivo “supranacional” se utiliza aquí en un sentido amplio y genérico, de modo que puede aplicarse en relación con cualquier organización que trascienda consideraciones y propósitos puramente nacionales. Al respecto, vid. el amplio análisis de A. Bernardi, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, cit., *passim*.

79 Para más detalles, v. A. Bernardi, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Turín, 2004.

80 La principal contribución al análisis doctrinal del proceso de internacionalización del Derecho penal es de M. Delmas-Marty: entre sus aportaciones más recientes, vid. *L'intégration européenne, entre pluralisme, souverainisme et universalisme*, en A. Bernardi (ed.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Nápoles, 2017, pp. 172 y ss.

81 Vid. R. Bartoli, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, cit., pp. 2-3.

82 M. Carrasco Durán, *Las garantías procesales en caso de terrorismo: distintos modelos, en perspectiva comparada*, ReDCE, núm. 27, 2017, §5.

83 A. Bernardi, *Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, en L. Foffani (ed.), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 123 y ss.

84 A. Edwards, G. Hughes, N. Lord, *Crime prevention and public safety in Europe. Challenges for comparative criminology*, in *The Routledge Handbook of European Criminology*, cit., p. 374.

85 *Ibidem*.

86 K. Roach, *The migration and derivation of counter-terrorism*, in *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, cit., p. 68.

En otras palabras, se asiste a la reutilización y al endurecimiento constante en Europa<sup>87</sup> de las soluciones ya experimentadas por los Estados —principalmente Italia, Francia, España y el Reino Unido— afectados por el terrorismo sobre todo desde los años sesenta y setenta del siglo pasado y considerados a la vanguardia en la lucha contra este fenómeno<sup>88</sup>.

Por lo que se refiere a la *circulación de las directrices de política criminal*, un ejemplo es el impacto invertido —de abajo (nivel nacional) a arriba (nivel supranacional)— ejercido por la estrategia antiterrorista adoptada por el Reino Unido sobre los actos jurídicos de *soft law* elaborados por la Unión Europea. El documento “*The European Union Counter-Terrorism Strategy*”<sup>89</sup> fue elaborado mediante la clonación de la estrategia sectorial del Reino Unido, basada en los denominados “cuatro pilares”: prevención, protección, persecución y reacción<sup>90</sup>.

Por lo que se refiere a la *circulación de modelos normativos*, basta con mencionar las recompensas por la cooperación efectiva con las autoridades judiciales o policiales en el contexto de los procedimientos penales. Introducidas a partir de los años sesenta y setenta del siglo pasado por algunos Estados miembros de la Unión Europea (Italia *in primis*)<sup>91</sup> y conocidas por su eficacia en la desarticulación de organizaciones terroristas (anarquistas), el legislador de la UE ha importado

las medidas de premio o recompensa en los actos jurídicos de armonización penal de la Unión (recientemente, en el artículo 16 de la Directiva (UE) 2017/541)<sup>92</sup>. Además, el mismo legislador sigue considerando las medidas de premio como posibles instrumentos que deben perfeccionarse y promoverse para combatir el terrorismo internacional, teniendo en cuenta la mutación criminológica de éste y la persistencia de diferentes legislaciones y prácticas entre distintos Estados<sup>93</sup>.

La creciente convergencia de las políticas criminales y del Derecho penal contra el terrorismo no parece limitarse únicamente al panorama europeo. En el ámbito del mencionado intercambio de orientaciones político-criminales y de modelos normativos, también la estrategia de guerra contra el terror de impronta norteamericana —adoptada, como es sabido, tras el ataque a las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001 y que, según las declaraciones de intenciones de una gran parte de los *policy-makers* europeos, permaneció (sólo en apariencia) ajena a las estrategias antiterroristas europeas— ha dejado huellas perceptibles en las legislaciones y, a veces, en las prácticas operativas de los Estados europeos. A pesar de la falta de declaraciones frontales de guerra contra el terrorismo por parte de los ejecutivos continentales<sup>94</sup> y de la ausencia de “*black holes*” como Guantánamo en Europa<sup>95</sup>, la citada estrategia ha influido profundamente en la política criminal

87 Cuya *responsabilidad* también se comparte, a nivel político-criminal, entre los Estados miembros y las organizaciones supranacionales.

88 V. D. Castronuovo, *Quale lezione dagli anni di piombo? La legislazione dell'emergenza e sui pentiti in prospettiva storica e comparata*, en curso de publicación en *Diritto penale XXI secolo*.

89 Consejo de la Unión Europea, doc. n. 14469/4/05, Rev 4, 30 noviembre 2005.

90 Vid. O. Bures, *EU Counterterrorism Policy. A Paper Tiger?*, cit., p. 222; G. Lennon, C. Walker, *Introduction*, en *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, cit., pp. 3-4, donde el autor también resalta la influencia ejercida por las directrices antiterroristas elaboradas en el Reino Unido con respecto a la “*US National Strategy for Combating Terrorism 2006*” y del documento “*United Nations Global Counter Terrorism Strategy*” adoptado en el mismo año.

91 Acerca de la legislación italiana sobre las medidas de premio como “producto de exportación” en otros sistemas jurídicos, cfr. C. Ruga Riva, *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milán, 2002, p. 5 y otras referencias bibliográficas *ivi*.

92 V. D. Castronuovo, *Quale lezione dagli anni di piombo? La legislazione dell'emergenza e sui pentiti in prospettiva storica e comparata*, cit.; recientemente, F. Diamanti, *Misure premiali e terrorismi. Varie riflessioni sull'esperienza italiana*, en prensa, pp. 1 y ss. y en particular pp. 24 y ss.

93 En este sentido, está en curso el proyecto de investigación “*Fight Against International Terrorism. Discovering European Models of Rewarding Measures to Prevent Terrorism*” (FIGHTER), coordinado por M. Donini y financiado por el “*Criminal Justice Programme*” de la Unión Europea.

94 En la doctrina, cfr. *ex multis* G. Agamben, *State of Exception*, University of Chicago Press, Chicago, 2005, en particular p. 50.

95 Sin embargo, también se ha observado en Europa el uso de prácticas ilegítimas de tortura y de tratos inhumanos o degradantes de presuntos terroristas por parte de las autoridades de muchos de los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa. Para más detalles, cfr. las contribuciones incluidas en L. Stortoni, D. Castronuovo (ed.), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bononia University Press, Bolonia, 2019. Piénsese, por ejemplo, en las prácticas de *extraordinary rendition*: es decir, la entrega de una persona entre autoridades que operan bajo la jurisdicción de diferentes Estados sin autorización de la autoridad judicial, con el fin de detenerla y interrogarla infringiendo las garantías esenciales del Estado de Derecho y exponiéndola al riesgo de ser torturada o maltratada en violación del artículo 3 del CEDH (cfr. *ex multis* E. Guild, *Aliens and counter-terrorism*, en *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, cit., pp. 259-260; K. Ambos, *The European Court of Human Rights and extraordinary renditions*, EuCLR, Vol. 5 (2015), Iss. 1, pp. 122 y ss.; J.A.E. Vervaele, *Política anti-terrorista y límites del derecho internacional: el caso de la entrega extra-ordinario*, en *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, cit., pp. 137 y ss.; F. Cassibba, A. Colella, Art. 3, en G. Ubertis, F. Viganò (eds.), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 83-84.

y en la elaboración de legislación antiterrorista a escala mundial<sup>96</sup>. Se ha señalado, por ello, que “[l]a respuesta estadounidense a los atentados de Nueva York creó un efecto 11 de septiembre, comparable a la eliminación de un tabú, el del Estado de Derecho sujeto a los principios fundamentales. [...] [E]l recrudecimiento de la represión, por extensión de las incriminaciones y la agravación de las penas, así como el internamiento preventivo, se están desarrollando en toda Europa”<sup>97</sup>. Los Estados miembros de la Unión Europea han adoptado numerosas reformas legislativas que, “según muchos observadores, han reducido la libertad de los ciudadanos en nombre de la seguridad”<sup>98</sup> mediante “un Derecho penal autoritario de naturaleza controvertida”<sup>99</sup>.

### 6. Consideraciones finales

La crisis y transformación del Derecho penal antiterrorista en Europa descrita en esta contribución presenta rasgos alarmantes<sup>100</sup>. La crisis en la que se encuentran los sistemas jurídicos se manifiesta en una fractura cada vez más clara entre los fundamentos del Derecho penal antiterrorista y los propios de la matriz de referencia (el Derecho penal orientado a la Constitución y a las demás Cartas de Derechos). El cariz emergencial del Derecho penal antiterrorista está instaurando “una

nueva normalidad en la que hay más poderes para las autoridades y menos derechos para los individuos”<sup>101</sup>.

La decisión relativa a la forma de afrontar el terrorismo resulta, por ello, de gran actualidad. La lucha contra este grave fenómeno criminal debe, en cualquier caso, racionalizarse y mantenerse en la línea constitucional (o al menos acercarse a ella), según la cual el Estado de Derecho “no conoce ni a amigos ni a enemigos, sino sólo a inocentes y culpables”<sup>102</sup>.

Por esta razón, en un escenario marcado por la tensión entre la retórica de la eficacia y la tentación de la rectitud dogmática, la ciencia penal europea debe marcar el camino hacia un Derecho penal antiterrorista equilibrado entre la protección de la libertad y de la seguridad, en concordancia con el “legado común europeo representado por la fuerza de los principios del Derecho penal, los valores de la democracia y las tradiciones humanistas”<sup>103</sup>. De lo contrario, las normas y prácticas ilegítimas que neutralizan a individuos calificados como enemigos irreversibles de la sociedad en nombre de una lucha casi “vengativa” contra el terrorismo serán definitivamente inmunes a los anticuerpos del Estado de Derecho<sup>104</sup>.

96 Entre las aportaciones más recientes, vid. A. Vichinkeski Teixeira, *Verso un diritto penale transnazionale del nemico? Un'analisi comparativa del concetto di terrorista nelle leggi antiterrorismo di Italia, Francia e Brasile*, Archivio Penale, núm. 2, 2018, *passim*.

97 M. Delmas-Marty, *Vers une justice pénale prédictive*, cit., p. 60. Sobre el tema, cfr. además L.R. Blank, *What's in a word? War, law and counter-terrorism*, en *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, cit., pp. 53 y ss.

98 S. Caneppele, *The terrorist threat before and after 9/11. What has changed in Europe*, cit., p. 485.

99 F.R. Bikie, *Le droit pénal à l'aune du paradigme de l'ennemi. Réflexion sur l'Etat démocratique à l'épreuve de la loi camerounaise n° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme*, Revue des droits de l'homme, 11, 2017, p. 3.

100 Por último, entre los más ilustres profesionales jurídicos italianos en el campo en cuestión, vid. para una opinión de signo contrario M. Romanelli, *Riflessioni sul complessivo sistema di contrasto al terrorismo internazionale in Italia*, Diritto penale contemporaneo, 14 junio 2019. Un juicio positivo ha sido también mantenido, recientemente, por S. Dambrooso, *Jihad. La risposta italiana al terrorismo: le sanzioni e le inchieste giudiziarie. Con storie di foreign fighters in Italia*, Dike, Roma, 2018, *passim*.

101 E.M. Salzberger, *Counter-Terrorism Law and the Rule of Law Under Extreme Conditions: Theoretical Insights and the Experience of Israel*, en J. Alix, O. Cahn (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Dalloz, París, 2017, p. 50.

102 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 321.

103 K. Kerezsi, *Is there such a thing as a European crime control policy?*, en *The Routledge Handbook of European Criminology*, cit., p. 68.

104 Sobre el tema de la “normalización de la emergencia”, cfr. ampliamente el reciente trabajo de M. Donini, *Mafia e terrorismo come “parte generale” del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, cit., en particular pp. 25 y ss.