

Capítulo tercero

Contraterrorismo: plasmación legislativa reciente e impacto en las libertades y derechos fundamentales

Rosario Serra Cristóbal
Elena M. Górriz Royo
Universidad de Valencia

«But what our enemies mainly hope to achieve through their terror is the destruction of the values they hate and we cherish. We must protect those values as well as we can, even as we fight the terrorists. That is difficult: it requires discrimination, imagination, and candor. But it is what patriotism now demands» (Ronald Dworkin)¹.

Resumen

Este trabajo estudia, desde un enfoque jurídico, aquellas medidas que se han ido adoptando en el área de lo que se denomina contraterrorismo y que, de un modo u otro, pueden limitar nuestros derechos fundamentales. Se analizan especialmente la afección a tres esferas del individuo: la privacidad, la libertad ideológica y sus manifestaciones, y la libertad personal y de movimientos. El estudio revela que algunas legislaciones recientemente aprobadas parecen olvidar que en la lucha contra el terrorismo yihadista el respeto a los derechos humanos debe ser una premisa.

¹ DWORKIN, Ronald, «The threat to patriotism», *New York Review of Books*, 28 febrero 2002.

Palabras clave

Terrorismo, contraterrorismo, derechos fundamentales, libertad, medidas contraterroristas, seguridad, seguridad nacional, privacidad, reformas penales, derecho penal del enemigo.

Abstract

This paper studies, from a legal perspective, the counter-terrorism measures that can limit our fundamental rights. The impact on three spheres of the citizens is analysed: privacy, ideological freedom and its manifestations, and personal freedom and movement. The study reveals that some recently adopted legislation seems to forget that in the fight against Jihadist terrorism, respect for human rights must be a premise.

Keywords

Terrorism, counter-terrorism, fundamental rights, liberties, freedom, procedural counter-terrorism measures, security, national security, privacy, penal reforms, criminal law of the enemy

Una aproximación al contraterrorismo frente a las amenazas a la seguridad

No parece razonable dudar de que, en el actual contexto histórico, la protección que brinda cualquier Estado a la seguridad de sus ciudadanos en sociedad y a su pacífica coexistencia, pueda prescindir del despliegue de la llamada *política contraterrorista*. Partiendo de la ya clásica y aparente antinomia entre seguridad y libertad y percatándonos de la dimensión globalizada que ha alcanzado, asistimos en los últimos tiempos a un recrudecimiento de los argumentos teóricos que, en aquella balanza se posicionan a favor de la seguridad, y sirven así de justificación del fenómeno denominado «*counter-terrorism*». Desde una perspectiva puramente gramatical, el mismo puede ser traducido como «anti-terrorismo» o, con más éxito en la literatura reciente, «contraterrorismo»². Pero desde una perspectiva técnico-jurídica, se hace necesario perfilar los contornos de este fenómeno siendo este uno a de los objetivos de este trabajo. Ante todo porque no puede obviarse que, dentro del «contraterrorismo» se incluyen multitud de políticas y actuaciones públicas, de modo que nuestra aproximación a esta materia se realiza —incidiendo en lo dicho— desde un enfoque estrictamente *jurídico* y, en consecuencia, se atenderá con prioridad a las concretas medidas legislativas cuyo teórico propósito es la protección de la seguridad frente a la amenaza global de terrorismo. A los efectos de este estudio, por tanto, consideramos medidas contraterroristas no solo las leyes aprobadas por el parlamento competente como reacción específica frente al fenómeno del terrorismo, sino también las de carácter administrativo e incluso decisiones gubernamentales o judiciales emanadas precisamente con aquel mismo fin. Sin embargo, las mismas solo serán objeto de este estudio en la medida en que puedan afectar a *derechos y libertades de los ciudadanos*. Aún ciñendo este estudio a las medidas contraterroristas de índole jurídica, es evidente que el ámbito del mismo será amplio pues también es extenso el espectro del fenómeno terrorista frente al que aquellas medidas reaccionan. En especial, a partir de la mutación del terrorismo, de *fenómeno delicitivo* a la categoría más amplia de *amenaza*, cabe asumir un entendimiento híbrido del mismo que, en los últimos tiempos viene siendo respondido no solo a través de medidas legislativas, judiciales o policiales, sino incluso a través de instituciones como las Fuerzas Armadas y los servicios de inteligencia³. Pero por muy extenso que sea este arsenal contraterrorista, no puede aceptarse que sirva para primar la *seguridad de todos* si no atiende al límite del *respeto a los derechos y libertades de cada ciudadano*.

² Véase BAKKER, E., *Terrorism and counterterrorism studies: comparing theory and practice*, Netherlands, Leiden University Press, 2015, *passim*.

³ Véase GÓNZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Servicios de Inteligencia y Contraterrorismo» en *Terrorismo y Contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Salamanca, 2016, p. 117.

Ante todo porque, es cierto que el Estado tiene como funciones principales proteger la igualdad, la justicia y *la seguridad*, para garantizar a su vez el disfrute de *la libertad* por parte de los ciudadanos⁴. Para ello ha de actuar estratégicamente, ha de advertir los posibles riesgos que se ciernen sobre el Estado, analizar las posibles medidas a adoptar y proceder en consecuencia. Pero, debe hacerlo sin menoscabar innecesariamente los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y hacerlo dentro del marco del Estado de derecho. Se trata de una cuestión de planteamiento, pues no cabe desconocer que los derechos de los ciudadanos son un ingrediente básico de la propia seguridad que se busca. Este es el punto del que partimos para analizar las medidas que se han ido adoptando en muchos de los Estados de nuestro entorno y en el ámbito internacional para hacer frente a los riesgos globales que amenazan la seguridad.

Obviamente, la primera dificultad se encuentra en determinar qué puede afectar a la seguridad y defensa del Estado y, en consecuencia, en ponderar cuándo el Estado debe adoptar medidas que, de no hacerse, pondrían en riesgo dicha seguridad. Cuando hablamos de riesgo para la seguridad, aludimos a un entendimiento amplio de esta que abarcaría no solo a la existencia de amenazas efectivas a valores nucleares de la sociedad o del Estado, sino también al miedo a que tales valores se vean atacados (seguridad en sentido subjetivo). Ha de admitirse que estos valores pueden variar de unos Estados a otros, lo que explica que el concepto de seguridad no sea absolutamente homogéneo en todos los países. Incluso los ciudadanos perciben las amenazas globales de diferente modo según los países⁵. Porque, a los riesgos externos reales a los que se ve sometido un país hay que sumar otros factores internos (carácter nacional, tradición, preferencias, prejuicios, daños previamente sufridos, etc.) que influyen luego decisivamente en el marco de seguridad que un gobierno decide establecer como objetivo de su política de seguridad y defensa⁶. Junto a ello hemos de añadir que, más allá de los

⁴ A este respecto, decía Humboldt que «sin seguridad, el hombre no puede formar ni percibir los frutos de las mismas, pues sin seguridad no existe libertad. Pero la seguridad es, al mismo tiempo, algo que el hombre no puede procurarse por sí mismo; así lo demuestran las razones tocadas de pasada... y la experiencia de nuestros Estados (...) El mantenimiento de la seguridad, tanto frente al enemigo exterior como frente a las disensiones interiores, debe constituir el fin del Estado y el objeto de su actividad». HUMBOLDT, Wilhem von, «El fin último del Estado», en *Los límites a la acción de Estado*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 50-51.

⁵ Así, en un estudio realizado por *Pew Research Center*, en julio de 2015, «Climate Change Seen as Top Global Threat». (<http://www.pewglobal.org/files/2015/07/Pew-Research-Center-Global-Threats-Report-FINAL-July-14-2015.pdf>) se ponía de manifiesto cómo en unos Estados el 79 % de la población considera el cambio climático como la mayor amenaza para la humanidad, al igual que es sentida como la primera amenaza en muchos de los países latinoamericanos y, sin embargo, en países europeos, Estados Unidos, Australia y Canadá, entre otros, se sitúa al terrorismo yihadista como la amenaza de más alto nivel.

⁶ SÁNCHEZ FERRO, Susana, *El secreto de Estado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 219.

intereses nacionales, la visión de la seguridad y la defensa de un Estado no puede olvidarse de participar también en las necesidades de la seguridad y defensa europeas y de aquellas otras relaciones que se mantienen en el marco de las organizaciones y alianzas internacionales. De hecho, tras los ataques yihadistas en marzo de 2016 el concepto de «Security Union» fue lanzado como un modo de virar de la cooperación para la protección de la seguridad nacional interna de cada uno de los Estados hacia la idea de proteger la seguridad colectiva de la Unión como conjunto⁷.

Parece difícilmente rebatible que, en la actualidad, una de las amenazas a la seguridad sea el *terrorismo*. Sin ánimo de profundizar en el debate teórico acerca de su definición, no puede obviarse, sin embargo, que un primer gran momento de inflexión sobre lo que la amenaza que el terrorismo yihadista puede suponer para la seguridad nacional, lo representan los atentados del 11S en 2001, que han llegado a definirse como un suceso *epocal*⁸. Ante todo porque supuso, para muchos, el comienzo real del presente siglo y señera del cambio de paradigma en las políticas de seguridad⁹. Son muchos los estudios que han tratado de calibrar el impacto de aquel suceso con respecto al concepto de seguridad pero de lo que no cabe duda es de que, desde entonces, una ola de temor se extendió por la gran mayoría de los países occidentales, entendiéndolo como una amenaza global. Tras los ataques, Naciones Unidas adoptó una serie de resoluciones¹⁰ instando a los Estados a tomar medidas encaminadas a prevenir la comisión de actos terroristas y salvaguardar la seguridad nacional.

A aquellos ataques le siguieron en Europa los atentados de Madrid (2004) y Londres (2005) y más recientemente, se ha producido en Europa una

⁷ European Commission, «Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council – delivering on the European Agenda on Security to fight against terrorism and pave the way towards an effective and genuine Security Union», COM (2016) 230 final, 20 April 2016, pp. 2 y 9.

⁸ Véase REVENGA SÁNCHEZ, M., «Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre» en *Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Valencia, 2015, p. 15.

⁹ ROACH, K., «The 9/11 effect in comparative perspective: some thoughts on terrorism law in Canada, Spain and the United States» en REVENGA SÁNCHEZ, M., *Terrorismo...*, *ibidem*, pp. 21 y ss.

¹⁰ Tras los atentados del 11S el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas reconoció que estos ataques constituían una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales (Resolución número 1368, 2001) y, actuando en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, adoptó la Resolución 1373 (2001) instando a los Estados a adoptar una serie de medidas destinadas a reforzar su capacidad jurídica e institucional para combatir las actividades terroristas (Entre ellas tipificar como delito la financiación del terrorismo, congelar los fondos a personas que participen en la comisión de ataques terroristas, intercambiar información con otros gobiernos en relación con cualquier grupo que cometa o se proponga cometer actos de terrorismo, cooperar con otros gobiernos a fin de investigar, detectar, arrestar, extraditar y enjuiciar a personas que participen en la comisión de dichos actos). Estas previsiones fueron reforzadas en la Resolución 1624, 2005.

oleada de atentados entre los que cabe destacar, entre otros, el atentado al Semanario Charlie Hebdo (2015), los ataques en París, Londres, Berlín, o Copenhage (2015), Bruselas, París, Niza, Berlín (2016), Londres, Estocolmo, Manchester y Barcelona (2017). Desde aquellas resoluciones del Consejo de Seguridad de NU hasta hoy, las respuestas brindadas por los Estados a ese nuevo terrorismo han sido de lo más variado¹¹, yendo desde la respuesta militar a enmiendas de la legislación doméstica. No obstante, en demasiados casos, esas medidas extraordinarias han generado un grave riesgo para los derechos humanos, permitiéndose una serie de intervenciones que, con el tiempo, han hecho difícil mantener el adecuado equilibrio entre las garantías de las libertades constitucionales y la seguridad.

A tal efecto, cabe citar las nuevas leyes antiterroristas aprobadas en diversos países¹², la modificación de las existentes¹³, la declaración de algo parecido a estados de excepción, la utilización de normas constitucionales que permiten suspender o limitar transitoriamente la vigencia de determinados derechos en el marco de una investigación terrorista, el endurecimiento de los Códigos penales, o la modificación de las normas de vigilancia o de tratamiento de datos, entre otras medidas. Al mismo tiempo, se han adoptado en el marco supranacional una serie de acciones encaminadas a endurecer los controles de entrada y salida de los bordes del área Schengen, a colaborar para combatir la radicalización y reclutamiento de terroristas, a luchar contra la financiación de los que están tras dichos atentados terroristas y a establecer nuevas herramientas de cooperación judicial y policial para intercambiar información¹⁴ y llevar a cabo actuaciones conjuntas en esa pugna contra el terrorismo. Especialmente relevantes han sido los pasos dados en el ámbito de la UE¹⁵. El Consejo de la UE aprobó un *Plan de Acción* que conte-

¹¹ Sobre las diferentes respuestas ofrecidas en la lucha contra el terrorismo internacional tras el 11S puede verse, entre otros, el trabajo ROACH, Kent, «The 9/11 effect in comparative perspective: some thoughts on terrorism in Canada, Spain and the United States», en Miguel REVENGA SÁNCHEZ (Director), *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, págs. 21-60. Masferrer, Aniceto y Walker, Clive (Eds.), *Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law, Crossing Legal Boundaries in Defence of the State*, Elgar, 2013.

¹² *Patriot Act* EEUU, *Crime and Security Act* en Gran Bretaña, sustituida por *Prevention on Terrorism Act*, la ley belga, *Loi du 3 août 2016 portant des dispositions diverses en matière de lutte contre le terrorisme*, etc.

¹³ Terrorist Act 2006 Gran Bretaña. La Ley francesa *LOI n.º 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*. Igualmente la modificación de la canadiense y de la alemana.

¹⁴ Véase la Decisión del Consejo 2003/48/JHA, de 19 de diciembre de 2002, sobre *the implementation of specific measures for police and judicial cooperation to combat terrorism in accordance with Article 4 of Common Position 2001/931/CFSP*; la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre *the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States* (2002/584/JHA)

¹⁵ A pesar de que en el ámbito de la UE la responsabilidad principal de diseñar el sistema legal en materia de seguridad nacional y de su aplicación a nivel nacional recae en cada

nía un conjunto de medidas para mejorar la eficiencia de la lucha antiterrorista, desde un enfoque global y multidisciplinar. Entre ellas —y como iremos analizando en este trabajo— se encontraban tres iniciativas legislativas que han sido adoptadas por el Parlamento y el Consejo: la Directiva sobre el terrorismo (2017)¹⁶; la Directiva relativa a las armas de fuego¹⁷; y el Reglamento que modifica el Código Europeo de Fronteras¹⁸.

Asimismo, en el seno del Consejo de Europa se adoptó el Convenio para la prevención del terrorismo en 2005¹⁹ y su Protocolo adicional, conocido como Protocolo de Riga, en 2015²⁰.

Teniendo en cuenta este contexto actual, el presente trabajo adoptará con preferencia un punto de vista normativo, ante todo porque viene siendo especialmente preocupante esa plétora de medidas normativas que, en mayor o menor grado, vienen a impactar en los derechos fundamentales y libertades públicas. Queremos distinguir cuándo nos encontramos ante *medidas propiamente antiterroristas*, o medidas de otro tipo, como por ejemplo, sancio-

Estado miembro (art. 72 TFUE), la Unión se ha embarcado en la armonización de los sistemas jurídicos con el fin de lograr una mayor eficacia en la lucha contra el terrorismo (Art. 29 del Tratado de la UE), al igual que en una cooperación policial y judicial en materia penal. La estrategia terrorista de la UE se ha sustanciado principalmente a través de la Política Exterior y de Seguridad común (PESC), el antiguo segundo pilar que sigue rigiéndose por las reglas de cooperación intergubernamental, aunque también se ha apoyado en la política comunitaria de interior y en el Espacio Europeo de Seguridad, Libertad y Justicia, donde el papel del Parlamento y de la Comisión son más notorios. Un desarrollo de esta cooperación puede encontrarse, entre otros, en el art. 4 de la Posición común del Consejo de 27 de diciembre de 2001, sobre *the application of specific measures to combat terrorism* (aplicación de medidas especiales para combatir el terrorismo) (2001/931/CFSP); la Decisión del Consejo de 28 de noviembre de 2002, que establece un mecanismo para evaluar los sistemas legales y su implementación a nivel nacional en la lucha contra el terrorismo (2002/996/JHA); Directiva 2014/41/CE del Parlamento y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal; la Estrategia de Seguridad Interior de 2015; la Estrategia Renovada de Seguridad Interior 2015-2020, adoptado por el Consejo JAI de los días 15 y 16 de junio de 2015 y revisado el 15 de diciembre de 2015.

¹⁶ Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

¹⁷ Directiva (UE) 2017/433 de la Comisión de 7 de marzo de 2017 que modifica la Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la lista de productos relacionados con la defensa.

¹⁸ Reglamento (UE) 2017/458 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores.

¹⁹ Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Convenio n.º 196 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

²⁰ Protocolo adicional al Convenio para la Prevención del Terrorismo, el cual tiene como finalidad la instalación de una respuesta penal para perseguir a los llamados combatientes terroristas extranjeros, 22 de octubre de 2015.

nadoras en general, administrativas (v.gr. fiscales, económicas...) pero que tienen en común la persecución de objetivos antiterroristas. Y todo ello con el fin último de delimitar con mayor precisión cómo afectan dichas medidas a los derechos y libertades de los ciudadanos. No podemos obviar que en demasiadas ocasiones, la pugna entre seguridad y normal ejercicio de los derechos fundamentales se salda con un desequilibrio en favor de la primera y en detrimento de los segundos. En especial, en la lucha contra el terrorismo, se generaliza el aumento de los límites a los derechos fundamentales²¹.

Junto a lo anterior, otro factor desestabilizador podría provenir del *Brexit*²². En efecto, aun cuando no es el objetivo primordial de este trabajo, no puede perderse de vista que la salida del Reino Unido plantea un problema de capacidad de liderazgo en la seguridad y la defensa de la Unión Europea²³. Y a efectos internos es posible que el abandono de la UE afecte, a medio y largo plazo, a las capacidades antiterroristas de UK, especialmente a su comunidad de inteligencia²⁴. Duras críticas han surgido ya a la labor de los servicios de inteligencia británicos tras los reiterados atentados de 2017, y a la propuesta de la primera ministra de «cambiar las leyes de derechos humanos si se interponen en el camino de la lucha contra el terrorismo». Pese a todo lo anterior, parece que tanto las dificultades para mantener dicho liderazgo de la seguridad en el actual contexto histórico, como las posibles contradicciones entre la política antiterrorista de la UE y los derechos de los individuos deberán seguir poniéndose de manifiesto especialmente en el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia²⁵.

²¹ Véase. REVENGA SÁNCHEZ, M. «Terrorismo y derecho...». Op. cit., p. 16.

²² Véase. BAR A., «The UK, the EU and «Brexit» 1972-2017» en SOLANES CORELLA/GÓRRIZ ROYO (dirs.) *Legal Challenges of the XXI Century*, Valencia, 2017, pp. 79-122.

²³ Véase ARTEAGA, F., «La defensa y la seguridad de la UE tras el Brexit» en *Revista Elcano*, n.º 14, I mayo-junio, 2016, p. 86.

²⁴ Ante todo porque, como indican REINARES, F./ GARCÍA-CALVO, C., parece evidente que con la salida de la UE, Gran Bretaña no podrá beneficiarse del acceso a bases multilaterales de datos de la UE, ni podrá contar con Europol ni con su nuevo Centro Europeo contra el Terrorismo, por lo que la capacidad preventiva de dicho país podría quedar mermada. Véase. «Brexit, Terrorismo y Antiterrorismo», en *Revista Elcano*, n.º 14, I mayo-junio, 2016, pp. 82 y 83. Esta opinión ha de conectarse a los actos terroristas cometidos en UK tras el Brexit, en especial el ataque al Parlamento de Westminster en marzo de 2017 y el trágico atentado en el pabellón Arena de Manchester, en mayo de 2017.

²⁵ Recuérdese, por ejemplo la Resolución del Parlamento, de 15 de diciembre de 2005, sobre la presunta utilización de países europeos, por parte de la CIA, para el transporte y la detención ilegal de presos, (DO C 286 E de 23.11.2006, p. 509); la Decisión, de 18 de enero de 2006, por la que se constituye una comisión temporal sobre la presunta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (DO C 287 E de 24.11.2006, p. 159); o la Resolución, de 6 de julio de 2006, sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos. Asimismo, el Parlamento Europeo mostró su preocupación por la privacidad de los ciudadanos en relación al Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo al que luego haremos referencia (TFTP UE-EE.UU.)

Los desequilibrios en la respuesta dada por los Estados o la Unión Europea al fenómeno del yihadismo han venido a manifestarse en tres ámbitos de los derechos de los ciudadanos. Por un lado, en la esfera de la privacidad y el derecho de autodeterminación del individuo sobre sus datos personales. Por otro lado, en aquellos ámbitos del individuo que refieren a su ideología y opinión y la capacidad de hacerlas públicas y transmitir las, nos referimos a las libertades de expresión y de información. Y en tercer lugar, a su espacio de libertad física, la libertad personal, y a aquellas relacionadas con la capacidad de moverse, entrar y salir de un Estado, elegir residencia, etc. Y esto sucede a pesar de que los Estados se encuentran individualmente vinculados por los Acuerdos internacionales en materia de derechos y de que los países que son miembros de la UE se deben, además, a las normas acordadas en ese ámbito, una Unión que se fundamenta en los derechos humanos tal y como están recogidos en el CEDH. Por lo tanto, en la lucha contra el terrorismo yihadista, el respeto a los derechos humanos debe ser una premisa²⁶.

Medidas antiyihadistas y límites a la privacidad

Vivimos en un mundo tecnológico donde los medios telemáticos y los avances en computación y tratamiento de datos son un arma de doble filo. Por un lado, constituyen una herramienta de comunicación, de difusión de información y de intercambio de ideas como nunca habíamos tenido. Sin embargo, el uso de esos medios telemáticos conllevan la entrega (no siempre consciente) de infinidad de datos personales que pueden ser almacenados y tratados con diferentes objetivos, y deja puertas abiertas a que los mismos sean usados indebidamente o controlados sin reglas.

Esa capacidad que brindan los avances tecnológicos son utilizadas igualmente por aquellos que quieren aprehenderse de los datos con fines delictivos, o desean ocultar sus finanzas a los ojos de la ley, o buscan influir en un mercado de usuarios o de votantes, o que pretenden difundir ideas adoctrinadoras o de reclutamiento por causas como la Yihadista.

Así, ante la omnipresente amenaza del terrorismo internacional en las redes, la recolección de información que permita conocer a los terroristas y, por tanto, actuar proactivamente, adelantándose a sus acciones, es considerada con frecuencia como el instrumento por excelencia de la lucha antiterrorista²⁷.

²⁶ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Los derechos fundamentales en la encrucijada de la lucha contra el terrorismo yihadista. Lo que el constitucionalismo y el Derecho de la Unión Europea puede ofrecer en común», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38, 2016, pp. 487-503.

²⁷ SANSÓ-RUBERT, Daniel, «Seguridad vs. libertad: el papel de los servicios de inteligencia», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 48, 2004, p. 89. Indicaba este autor que el valor más importante de la Inteligencia en el contraterrorismo estriba en proporcionar un aviso táctico preventivo de una acción terrorista.

Los servicios de inteligencia y defensa siempre han sido conscientes del valor de la información. Por eso, muchas de las medidas han ido encaminadas a acceder al mayor número de datos posibles de comunicaciones telefónicas o electrónicas, de operaciones económicas, de viajes realizados, de adquisición de determinados bienes materiales o productos de ocio, de datos de carácter ideológico o religioso, etc. Muchos de ellos son obtenidos a través de la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, o en fuentes abiertas como Facebook. Pero también cabe su acceso a través de la cesión voluntaria u obligada por parte de empresas privadas (aerolíneas, bancos, empresas prestadoras de comunicaciones electrónicas o de páginas web) de datos que corresponden a los usuarios de sus servicios.

Surgen aquí varios interrogantes importantes: Por un lado, si en esa búsqueda legítima de datos por parte de los servicios de inteligencia cabe admitir una vigilancia masiva e indiscriminada, de forma prospectiva, de los datos de miles de ciudadanos, con el fin de tratarlos posteriormente, mediante potentes programas informáticos, para descubrir, por ejemplo, perfiles de posibles sospechosos terroristas. Por otro lado, han de establecerse garantías para el acceso individual a comunicaciones y datos de individuos investigados, pero ¿cabe excepcionar esas garantías generales en determinados supuestos o respecto de ciertos individuos? ¿Ceden esas garantías en un estado de excepción o en una situación de excepcionalidad?²⁸ Por último, debemos reflexionar sobre el papel que juegan las empresas privadas proveedoras de servicios de telefonía, internet u otros y que son titulares de bases de datos que incluyen los datos de millones de ciudadanos. ¿Hasta qué punto están obligadas a colaborar con las autoridades en la persecución del terrorismo yihadista permitiendo el acceso a dichos datos? Si existe esa obligación, ¿con qué garantías y condiciones? ¿Qué responsabilidad de vigilancia y denuncia se les puede exigir?

La vigilancia masiva de datos y los derechos a la privacidad y la autodeterminación informativa

Empezando por el primero de los interrogantes, debemos reflexionar sobre la vulneración de la intimidad y del derecho de autodeterminación informativa debido al control masivo de datos llevado a cabo por los servicios nacionales de inteligencia²⁹. Un control que fue conocido a través de las re-

²⁸ Muchas de las respuestas a estos interrogantes son analizadas en el trabajo de FLORES GIMÉNEZ, F., «La paranoia razonable: vigilancia masiva y derecho a la privacidad en la era digital», en *The European Convention on Human Rights in a Global World*, Consejo de Europa, Strasbourg, 2016. EndFragment

²⁹ Véase, entre otros, GROSS, E., *The struggle of a Democracy Against Terrorism-Protection of Human Rights: The Right to Privacy Versus the National Interest-the Proper Balance*, in Martin Scheinin (ed.), *Terrorism and Human Rights*, Florence: European University Institute, 2013, pp. 525-607. SERRA CRISTÓBAL, R., «La opinión pública ante la vigilancia masiva de

velaciones de Snowden³⁰ y admitido por varios gobiernos. Estas medidas incluyen el control a gran escala de las comunicaciones telefónicas y electrónicas de millones de ciudadanos, al igual que de los movimientos financieros transnacionales con el fin de evitar que la ayuda económica sirva para sufragar actividades terroristas. Todo ello por citar solo algunos ejemplos³¹.

Las críticas y desautorización de este tipo de vigilancia masiva se produjo desde el comienzo. El conocimiento de que muchos gobiernos habían estado espionando a sus ciudadanos, imprimió un cambio en la conciencia global sobre esta cuestión. Desde 2013, instituciones de toda Europa han declarado ilegales otras leyes y operaciones semejantes y han impuesto nuevas restricciones a futuras actividades de esta naturaleza. Esa reacción constituye *per se* una victoria para las libertades de todos los ciudadanos, pero el derecho a la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de los mismos siguen estando en riesgo en muchos casos todavía. El ciudadano siente que el halo de privacidad con el que actúa e interactúa en su vida privada —y que es lo que le hace sentirse en libertad— está en peligro. Es cuando la pretendida búsqueda de la seguridad nacional acaba erosionando la «seguridad» que uno tiene en que hay un espacio en el que puede actuar sin controles y que hay una información que corresponde a ese espacio privado y que no goza de mayor relevancia o de la que no se pueden derivar mayores consecuencias. Se produce entonces el denominado *chilling effect*³², esto es, el efecto desalentador por el miedo a estar siendo vigilado. Es un efecto inhibitor del comportamiento personal que la sobrevigilancia del Estado produce en el libre ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos realizó tempranamente un loable trabajo de protección de los derechos humanos en el marco de la lucha contra el terrorismo y, en concreto en lo que estamos hablando, en la protección de intimidad/privacidad cuando se llevan a cabo programas de vigilancia general o

datos. El difícil equilibrio entre acceso a la información y seguridad nacional», *Revista de Derecho Político*, n.º 92, 2015, pp. 75-117.

³⁰ Edward Snowden reveló en 2013 al diario británico *The Guardian*, junto con otra información, la existencia de un programa secreto de la NSA (la Agencia de Seguridad Nacional estadounidense) que permitía a la Agencia entrar directamente en los servidores de Google, Facebook, Skype, Microsoft and Apple, as well as to the Swift's transfer service of bank data.

³¹ A ello podríamos añadir la reflexión sobre el uso de los drones como herramienta para combatir el terrorismo yihadista. Es un instrumento que, usado desmedidamente puede cercenar igualmente derechos fundamentales. Piénsese en los riesgos que pueden conllevar para la privacidad o en su uso como vehículo para llevar a cabo asesinatos selectivos. Sobre los drones puede verse el trabajo de Cristina PAUNER CHOLVI, «El uso emergente de drones civiles en España. Estatuto jurídico e impacto en el derecho de protección de datos», *Revista de Derecho Político*, n.º 95, 2016.

³² DE DOMINGO PÉREZ, T.: «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado *chilling effect* o efecto desaliento», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 122, 2003, pp. 141-166.

interceptaciones estratégicas, exigiendo no solo una habilitación legal, sino una previsión legal que sea precisa y respetuosa con los derechos fundamentales³³.

Un caso pertinente para el tema que nos ocupa es el que se resolvió por sentencia de 1 de julio de 2008, el asunto *Liberty y otros c. Reino Unido*. Se descubrió que los Servicios de Defensa británicos habían estado interceptando todas las telecomunicaciones entre las dos emisoras de British Telecom (Clwyd y Chester), conexión que soportaba la mayor parte del tráfico de comunicaciones con y desde Irlanda. Esas informaciones se almacenaban y se filtraban mediante palabras clave, perfiles, etc., antes de trasladarlas a los analistas de inteligencia. El Tribunal europeo entendió que esto suponía una injerencia en los derechos de la privacidad y secreto de las comunicaciones al no estar tales controles suficientemente previstos por la ley. Extendió las garantías que deben acompañar a estos derechos cuando se trata de interceptaciones de comunicaciones a individuos concretos a las interceptaciones estratégicas o generales, como era el caso, exigiendo que la Ley fijara las garantías y límites al poder que deben establecerse en esa vigilancia prospectiva. Advertía el Tribunal que, «además, como la aplicación de las medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones escapa tanto al control de los interesados como del público en general, la «Ley» pugnaría con la supremacía del derecho de que se trata si la facultad discrecional concedida a la Administración no tuviera límites (Para. 94).

En definitiva, aunque el TEDH ha reconocido que tal tipo de vigilancia prospectiva es a veces necesaria, ha exigido una previsión legal que la regule que sea precisa y respetuosa con los derechos fundamentales, que exista proporcionalidad en el ejercicio de tales prácticas y una autoridad externa independiente que las supervise (STEDH asunto *Rotaru c. Rumania*, de 4 de mayo de 2000)³⁴.

La excepción a las garantías de la privacidad de las comunicaciones y de los datos personales

El art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que no podrá haber injerencia de los poderes en el derecho a la vida privada, y en el

³³ SSTEDH asunto *Klass y otros c. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978; asunto *Malone c. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984; asunto *Huving c. Francia*, 24 de abril de 1990; *Koop c. Switzerland*, de 25 de marzo de 1998; Valenzuela Contreras c. España, de 30 de julio de 1998; *Padro Bugallo c. España*, de 18 de febrero de 2003; *Dulkarin Coban c. España*, de 26 de septiembre de 2006; *Weber y Saravia c. Alemania*, 26 de junio de 2006; Asunto *Kennedy c. Reino Unido*, de 18 de mayo de 2010; *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom*, de 7 de enero de 2014 y otras más.

³⁴ Sobre esta decisión y otra jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de vigilancia de comunicaciones y datos puede verse el valioso trabajo: GÓRRIZ ROYO, Elena M. (2013): «Investigaciones prospectivas y secreto de las comunicaciones: respuestas jurídicas», en González Cussac, José Luis y Cuerda, Arnau, M. Luisa (Dir.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 243-283.

secreto de la correspondencia y comunicaciones, en tanto en cuanto esta injerencia no esté prevista por la ley y constituya una medida que sea necesaria para el logro de alguno de los objetivos de interés general que enumera, entre los cuales se halla la seguridad nacional³⁵. No obstante, aunque esté justificado que los servicios de inteligencia recaben datos de los ciudadanos o intercepten comunicaciones en esa lucha contra el terror, lo que sí tenemos derecho, como mínimo, es a que las actividades de vigilancia se realicen dentro del respeto a la legalidad vigente y a que el tratamiento de los datos goce de todas las garantías.

Por poner un sencillo ejemplo, recordemos que cuando se trata de recabar datos derivados de comunicaciones que puedan afectar al secreto de estas (escuchas telefónicas o electrónicas), el TEDH ha establecido la necesidad de que dicha actuación sea autorizada por un juez o por una comisión independiente³⁶.

La Constitución española exige la autorización de un juez, sin distinguir entre interceptaciones individuales de comunicaciones o vigilancia masiva de comunicaciones (art. 18.3 CE). Y cuando dichos controles tienen que ser realizados por los servicios de inteligencia en el marco de sus funciones, la Ley Orgánica 2/2002, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, indica que «el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro».

En Bélgica o en Francia para realizar escuchas telefónicas se exige como regla general la autorización del juez, además, en el caso de Bélgica, que se lleven a cabo únicamente en el supuesto de delitos en tentativa o consumados. En este país cuando aquellas son realizadas por los agentes de inteligencia, la autorización ha de proceder de una comisión administrativa compuesta por tres magistrados, dos jueces de instrucción y un magistrado del Ministerio Público (una comisión que no es jurisdiccional, pese a su configuración, sino de naturaleza administrativa).

No obstante, en la práctica mayoría de los Estados caben excepciones a las garantías generales que acompañan al secreto de las comunicaciones cuando concurren circunstancias excepcionales o cuando se investigan determinados delitos como es el de terrorismo. De hecho, como respuesta a los atentados yihadistas sufridos en países de la UE en estos últimos años,

³⁵ Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta cuestión y la aplicación del art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos pueden verse las decisiones que se citan en el último punto de este trabajo en el texto y a pie de página.

³⁶ CEDH n.º 5029/71, 6 septiembre 1978 (Klass et autres c. Allemagne).

los Estados se han apresurado a modificar la normativa que regula el control de las comunicaciones precisamente en el marco de investigaciones terroristas.

La Constitución española se encuentra entre las pocas que ya preveía la suspensión individual de los derechos de las personas investigadas por pertenecer a organizaciones terroristas, permitiendo que la ley estableciera una limitación mayor a determinados derechos (entre ellos el secreto de las comunicaciones) cuando un individuo fuera investigado por terrorismo (artículo 55.2 CE). A este respecto, es principalmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) la que establece las potestades de las fuerzas policiales o judiciales en la investigación del delito de terrorismo y los límites a su actuación, al igual que incluye previsiones sobre los derechos de los sospechosos de terrorismo.

Precisamente por la necesidad de cumplir con los recientes acuerdos adoptados en la UE en materia de investigación y persecución del terrorismo, la LECrim fue modificada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para reforzar las medidas de procedimiento en las investigaciones tecnológicas. Aparte de las disposiciones legales especiales a aplicar a los individuos investigados por delitos de terrorismo, que ya se contemplaban con anterioridad³⁷, la novedad se encuentra fundamentalmente en la regulación detallada que se realiza del control de las comunicaciones telemáticas y otros dispositivos electrónicos en la persecución de ciertos delitos como el de terroris-

37 Nos referimos a la extensión del período de detención policial permitido antes de que el detenido deba ser puesto a disposición judicial, que puede ser ampliado hasta 48 horas más, y a la posibilidad de que se decrete la detención incomunicada. La detención incomunicada fue introducida por la Ley Orgánica 14/1983 LECrim. El Plan de Derechos Humanos de 2008 preveía prohibirla para menores de 16 años, y el grabar en dependencias mientras se produjera la incomunicación, cosa que se ha recogido en la LECrim tras la modificación operada en la misma por la LO 13/2015.

La incomunicación del detenido permite al juez limitar alguno de los derechos del detenido como 8art. 527 LECrim:

- Designar abogado de confianza.
- Comunicarse con personas con las que tenía derecho a comunicarse, salvo autoridad judicial, Ministerio Fiscal y Médico Forense.
- Entrevistarse reservadamente con su abogado.
- Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

Se establecen, en todo caso, en el supuesto de incomunicación, garantías como la obligatoriedad de realizar dos revisiones mínimas médicas cada 24 h.

En el caso de la prisión provisional, también cabe la prisión incomunicada. La ley Orgánica 13/2003 y 15/2003, introdujeron la prisión provisional incomunicada en la LECrim. Se autorizaba por el juez para el tiempo justo y necesario, con un máximo de 5 días, ampliables a 3 días más. Ahora esos 3 días más pueden ser hasta 5 días más cuando la causa esté abierta por determinados delitos entre los que se encuentra el de terrorismo (art. 509 LECrim).

En general, los derechos durante la detención y la prisión provisional quedan más ampliamente desarrollados por la nueva redacción del art. 520 LECrim.

mo. Justamente, en el marco de una investigación contra este fenómeno, de nuevo, se otorgan unas capacidades mayores a los agentes públicos. Como regla general, cuando se pretenda la intervención de dichas comunicaciones se precisa una autorización judicial. La cual permitirá el acceso al contenido de la comunicación, al igual que a los datos electrónicos o asociados de tráfico³⁸, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación. Pero, aunque la regla general exige esa autorización judicial si nos encontramos ante una investigación sobre un presunto terrorista, «en caso de urgencia» cabe la posibilidad de que dicha autorización proceda del ministro del Interior, o en su defecto del secretario de Estado de Seguridad. Por lo tanto, se introducen unos límites mayores al libre disfrute de los derechos en dicho tipo de investigaciones. En todo caso, una vez autorizada la intervención por esta vía, la misma ha de comunicarse al juez inmediatamente, y, como máximo, en 24 horas, «haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado».

En Bélgica, la Ley de 20 de julio de 2015, para reforzar la lucha contra el terrorismo³⁹ ha extendido la posibilidad de que la policía practique las mismas, no solo al supuesto de delito en tentativa o consumado, sino a todo un conjunto de actuaciones relacionadas con el terrorismo, lo cual incluye, por ejemplo, la participación en una organización con vínculos terroristas, o la incitación al terrorismo, o la amenaza de terrorismo. Nos encontramos ante un nivel de abstracción en la norma mucho mayor, lo que amplía los supuestos donde cabrían las escuchas. Además, está previsto un procedimiento de extrema urgencia, que es más rápido, invocable por los servicios de inteligencia cuando necesitan intervenir comunicaciones en un supuesto de terrorismo. De hecho, por este procedimiento rápido cabe intervenirlas durante 48 h con el solo permiso del presidente de la citada Comisión administrativa a la que nos referíamos más arriba.

En Reino Unido no está prevista la intervención de un juez en la interceptación de comunicaciones en una investigación de terrorismo, sino del ejecutivo, aunque sea la policía quien las lleve a cabo. La solicitud de autorización para interceptar comunicaciones está limitada a determinados jefes de las fuerzas policiales, que deben someterla ante el *Crown Prosecution Service* (CPS), que tiene una sección especializada en contraterrorismo y que decidirá sobre la oportunidad de la investigación. La autorización será librada por el *Secretary of State for the Home Department*, miembro del ejecutivo. Esa misma autorización es necesaria cuando las escuchas vayan a ser realiza-

³⁸ El art. 588 ter a LECrim indica que «se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga».

³⁹ *Loi du 20 juillet 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme, M.B., 5 août 2015.*

das por los servicios de seguridad interior (MI5). Por lo tanto, en ambos casos las autorizaciones corren a cargo de órganos de naturaleza administrativa.

En la misma línea, la Ley francesa relativa a la lucha contra el terrorismo, de 23 de enero de 2006, ya estableció que para el acceso a los datos de comunicación por la policía no era necesaria autorización judicial en el caso de investigación de terrorismo, siendo simplemente necesaria la autorización por parte de un alto funcionario de la policía nombrado por la Comisión nacional de control de interceptaciones. Pero, la ley de inteligencia francesa de 2015⁴⁰ amplió los poderes del gobierno francés durante el estado de excepción para la vigilancia de personas que «presenten una amenaza o entorno a una persona susceptible de estar relacionada con una amenaza». Esta ley, que fue impulsada a la luz del ataque terrorista en la sede de la Revista *Charlie Hebdo* en enero de ese mismo año, establece un marco legal para la actuación de los servicios de inteligencia. En líneas generales, subordina la puesta en marcha de actividades de inteligencia a una autorización del primer ministro, tras el informe de una autoridad administrativa independiente, la Comisión nacional de control de técnicas de inteligencia⁴¹. La ley permite la intervención de comunicaciones sin necesidad de autorización judicial, ni de informe previo de la Comisión nacional de control de técnicas de inteligencia, en caso de «urgencia absoluta», aunque deberá ser informada inmediatamente con posterioridad. Pese a las críticas vertidas sobre esta ley por los defensores de la privacidad, fue declarada constitucional por el *Conseil Constitutionnel* de Francia el 23 de julio de 2015, salvo en 3 artículos, precisamente porque no estaban bien definidas las garantías de los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas⁴². Se ha criticado que su nueva redacción permite la vigilancia masiva, la vigilancia de cualquiera susceptible de ser considerado peligroso sin demasiada determinación de lo que eso significa. Igualmente se ha criticado de la ley que posibilita, entre otras medidas, la instalación en la red de los operadores de telefonía e internet de dispositivos (denominados cajas negras) que permiten a los servicios de inteligencia recabar en tiempo real los datos de conexión relativos a personas previamente identificadas como potencialmente peligrosas⁴³. Asimismo, la ley permite la puesta en marcha de un algoritmo para tratar los datos de todos los intervinientes en las comunicaciones electrónicas con el fin de detec-

⁴⁰ *Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement*. Esta ley modificó el art. 851.2 del Código de Seguridad Interior.

⁴¹ La Ley sustituyó la *Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité* (CN-CIS) por una *Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement* (CNCTR). Ésta es una autoridad independiente, compuesta por 2 magistrados del Tribunal de Casación, 2 diputados y 2 senadores 2 miembros del Consejo de Estado y una persona especialista en comunicaciones electrónicas.

⁴² Decisión n° 2015-713 DC.

⁴³ Como consecuencia de la introducción por esta ley del Art. 851.4 en el Código de la Seguridad Interior.

tar amenazas terroristas, pero sin proceder a la identificación de las personas intervinientes en la comunicación distintas de los presuntos terroristas.

Por otro lado, se aprobó en Francia a finales de 2015 una ley para la vigilancia de comunicaciones internacionales⁴⁴ que, igualmente, utiliza conceptos vagos para justificar el posible control y tratamiento de datos obtenidos en comunicaciones internacionales, como la búsqueda de la defensa y la promoción de los intereses fundamentales del Estado.

Tal vez una de las cosas positivas de la Ley es que un ciudadano que se sienta infundadamente vigilado puede acudir al Consejo de Estado y solicitar de él que controle la motivación de esa vigilancia y, en su caso, ordene la supresión de los datos recabados. Sin embargo, el ciudadano no podrá saber cómo le han vigilado ni quién lo ha hecho.

En conclusión, en muchos de los Estados de nuestro entorno, especialmente en aquellos que han sido objeto de recientes ataques terroristas, la tendencia es la de contemplar excepciones a la regla general del control judicial de las comunicaciones, cuando la causa es la investigación y persecución del terrorismo y la inclusión de nuevas herramientas en manos de los agentes de seguridad para llevar a cabo esta labor.

El rol de las empresas privadas propietarias de bases de datos en la lucha contra el terrorismo. El intercambio de datos

En relación a todo esto, cobra relevancia lo concerniente a la cesión de datos por parte de las empresas a las autoridades encargadas de perseguir el terrorismo yihadista.

Sobre esta cuestión se pronunció hace unos pocos años el Tribunal de Justicia de la UE, en el asunto *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros* (2014)⁴⁵. La Corte de Luxemburgo mostró de nuevo su sólido compromiso con la prevalencia de los derechos fundamentales al invalidar la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. Esta Directiva permitía la conservación de los datos de tráfico y localización, y de identificación del abonado o usuario para fines de prevención y persecución de delitos graves como la delincuencia organizada y el terrorismo. Para el Tribunal, aunque dicha conservación de datos para su posible transmisión a las autoridades nacionales responde a

⁴⁴ LOI n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales.

⁴⁵ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 8 de abril de 2014, Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12.

un objetivo de interés general, —la seguridad pública—, el legislador de la Unión sobrepasó los límites que exige el principio de proporcionalidad.

En España, y precisamente a raíz del cumplimiento de las reglas de la UE a este respecto, la reforma de la LECrim (por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre) ha establecido que, cuando sean indispensables para la investigación, los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación pueden ser solicitados por la policía judicial o el Ministerio fiscal (art. 588 ter j LECrim), para que cedan los datos, incluso haciendo uso de búsquedas entrecruzadas o inteligentes. Estos estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia. Aunque dichos datos solo pueden ser cedidos si media orden judicial.

También en relación con la obligación de los prestadores de servicios de colaborar en la cesión de datos de comunicación, ha de recordarse que la misma LECrim, cuando se refiere a la investigación de delitos de terrorismo, establece que: «Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos... a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos», siempre que concurra alguno de los supuestos que enumera el mismo artículo (esto es, que la medida sea proporcionada, y que sea el canal único de difusión de dichos contenidos)⁴⁶.

Igualmente, el Código de Seguridad Interior francés prevé que se podrá imponer a los operadores de datos la puesta en marcha, en su red, de un tratamiento automatizado de datos para detectar conexiones que sean susceptibles de revelar una amenaza terrorista (art. 851.3)⁴⁷.

De nuevo la cuestión está sobre la mesa: ¿constituye todo esto una puerta que puede obligar a los grandes proveedores de telefonía e internet a colaborar con el Estado en la lucha antiterrorista?

Este es el tema que se planteó en EE. UU., cuando una juez federal ordenó a la compañía Apple que ayudara al FBI a desbloquear y acceder al teléfono iPhone usado por uno de los dos autores del tiroteo de San Bernardino (California), en el que murieron 14 personas. Los investigadores consideraron

⁴⁶ Por otro lado, en la Ley de Seguridad Ciudadana de 2015 se establecen obligaciones de registro documental para actividades relevantes para la seguridad ciudadana, como el acceso comercial a servicios telefónicos o telemáticos de uso público mediante establecimientos abiertos al público. Así se dice que «quedarán sujetas a las obligaciones de registro documental e información en los términos que establezcan las disposiciones aplicables» (art. 25.1 LSC). Ello permite el control de locutorios telefónicos y, con ello el control de las actividades que en ellos se realicen.

⁴⁷ Lo mismo se establece en el art. 6 de la *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*.

que el iPhone contenía información que podía resultar crucial para la investigación. El FBI quería que la compañía le ayudara a crear un desbloqueador del sistema de seguridad para acceder a los datos. Apple se opuso a la orden judicial argumentando que ello no era posible y que si crease ese software estaría poniendo en riesgo la seguridad de millones de iPhones, y que si cayera en las manos equivocadas, el producto perdería el elemento de seguridad, que es una de sus características más preciadas.

Posiblemente, intentar rebajar la seguridad de cientos de millones de usuarios de móviles sobre sus datos con el objetivo de rebajarla para aquellos pocos que representan una amenaza parece desproporcionado.

La cesión de datos no solo se puede producir entre empresas proveedoras de servicios y el Estado, sino también entre Estados. De hecho, como decíamos al comienzo, el intercambio de información se ha convertido en una de las principales herramientas de la lucha contra el terrorismo yihadista.

La nueva Directiva 2016/680 sobre tratamiento de datos en la prevención y persecución del crimen⁴⁸, abre un nuevo escenario más reforzado en el ámbito del intercambio de datos entre Estados de la Unión. Su aprobación se aceleró como consecuencia de la nueva ola de atentados yihadistas que se sucedieron en París en noviembre de 2015 y Bruselas en 2016, al igual que la aprobación del nuevo Reglamento 2016/679, de Protección de Datos⁴⁹. La nueva Directiva hace hincapié en la creciente necesidad de intercambiar datos para la prevención y la lucha contra la delincuencia transnacional y el terrorismo. Pero, igualmente, subraya la obligación de garantizar el cumplimiento de los principios básicos que regulan la protección de datos personales (Considerando n.º 7). De hecho, establece normas mínimas que han de respetarse en el tratamiento de datos dentro de cada Estado miembro, se establecen derechos concretos y se fijan límites en el flujo de datos.

Igualmente, en el Consejo de Ministros de Interior de 4 de diciembre de 2015, se dio luz verde a la aprobación del Registro de pasajeros aéreos (*Personal Name Records*, o PNR), que quedó finalmente regulado por la Directiva reguladora del uso del PNR para la prevención, investigación y persecución del terrorismo y otros crímenes graves, aprobada el 21 de abril de 2016⁵⁰. La

⁴⁸ Entró en vigor el 5 de mayo de 2016, aunque los Estados miembros disponen hasta el 6 de mayo de 2018 para implementarla.

⁴⁹ *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*. Entró en vigor el 24 de mayo 2016, pero empezará aplicarse a partir del 25 de mayo de 2018.

⁵⁰ Directiva (EU) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.

Directiva será implementada por los Estados en dos años desde su aprobación. Se aplicará a los vuelos que tienen origen o destino fuera de la UE, pero los Estados miembros también podría extenderlo a los domésticos («dentro de la UE»). Ello obligará, a partir de su trasposición en dos años, a la transmisión a las autoridades de una serie de datos de los pasajeros de vuelos (nombre, dirección, itinerario, modo de pago, tarjetas bancarias utilizadas, números de teléfono, información sobre equipaje, fechas de viajes, frecuencia con que vuela...). La cuestión está en cómo se va a hacer con el máximo respeto a la privacidad de los europeos. Con ese fin, entre otras previsiones, la Directiva establece que tales transferencias solo se harán «siguiendo la regla de caso por caso» y exclusivamente para los fines específicos de «prevenir, detectar, investigar y procesar los delitos de terrorismo o delitos graves».

A este respecto, el Tribunal de Luxemburgo ha dado un nuevo toque de atención fallando en la sentencia de 26 de julio de 2017 contra el registro de pasajeros firmado entre la Unión Europea y Canadá en 2014. Se pactó la transferencia de datos sensibles de los pasajeros de vuelos que tal como están descritos pueden afectar a la privacidad de estos: hábitos de viaje, relaciones existentes entre dos o varias personas, situación económica, hábitos alimentarios, estado de salud, e incluso otra información sensible. Como era de esperar, el Tribunal ha indicado que «no hay justificación concreta y particularmente sólida» para reclamar esos datos ni para retenerlos. El Alto Tribunal quiere asegurarse de que la norma precise de forma más garantista los supuestos en los que cabe un control de esos datos respecto de pasajeros que están siendo investigados por terrorismo. Pero trata de evitar que se generalice la transferencia de datos de todos los pasajeros de forma tan indeterminada e insegura. Para el TJUE, lo previsto en el Acuerdo sobre la transferencia de datos PNR entre UE y Canadá, en los términos establecidos, «es incompatible con los derechos fundamentales».

Asimismo, en relación con el intercambio de datos con terceros países, procede recordar que recientemente se ha producido una renovación del Acuerdo entre la UE y Estados Unidos conocido como «*Safe Harbour*» por el «*EU-US Privacy Shield*» de febrero de 2016, precisamente por haber sido declarado inválido aquel marco previo por el Tribunal de Luxemburgo en el caso *Schrems*⁵¹. Lo que la UE quiere evitar es que los datos de sus ciudadanos puedan ser objeto de daños a su privacidad sin que exista una causa legítima que lo justifique. La lucha contra el terrorismo yihadista es una causa que podría respaldar ese intercambio de información entre Estados por la utilidad que esa inteligencia puede ofrecer en la persecución y prevención de nuevos ataques. Pero esos canjes de datos deben producirse cuando se persiga un objetivo concreto y sea necesario para ello, y la actuación debe asegurar todas las garantías legalmente establecidas y ha de ser proporcional.

⁵¹ Case C-362/14 *Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner*.

**La libertad de conciencia y sus manifestaciones externas.
Libertades de opinión e informativas**

***Obstáculos a la circulación de información y a la actividad de los
profesionales de la información***

Maximizar la circulación de información y de opiniones debiera ser la prioridad en un Estado democrático, porque ello contribuye a que esa opinión pública sea plural, formada y libre. Para favorecer que ello sea así se precisa de unos poderes públicos que no limiten el acceso a la información a aquellos que pudieran contribuir a difundirla (los periodistas) y propiciar ese debate público. Sin embargo, ello puede entrar en conflicto con el secreto de Estado y, en particular, con mantener a buen recaudo la información relativa a actividades antiterroristas y otras relacionadas con la salvaguarda de la seguridad nacional. Pensemos, por ejemplo, en la fijación de condiciones estrictas para el acceso a la información pública relacionada con la seguridad nacional.

En este sentido resulta ilustrativo el caso *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, que resolvió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en su sentencia de 25 de junio de 2013. Una ONG, conocedora de que su Gobierno estaba llevando a cabo controles electrónicos de los ciudadanos se dirigió a la Agencia de inteligencia solicitando información sobre cuánta gente había estado vigilada de este modo durante el año 2005. Dicha información le fue denegada y recurrieron al *Information Commissioner* (órgano interno encargado de asegurar la correcta aplicación de la Ley de información serbia) que les reconoció tal derecho, pero entonces la Agencia de inteligencia comunicó que ya no disponía de los datos que le solicitaban. La Corte de Estrasburgo emitió una loable (aunque posiblemente inesperada) sentencia reconociendo que la negativa de los servicios secretos a facilitar la información requerida vulneraba el derecho a recibir información y a difundirla posteriormente (art. 10 del Convenio), pues era obvio que el interés de la ONG en dicha información residía en la voluntad de difundirla y contribuir con ello al debate público.

Además de las limitaciones en el acceso a la información a los medios de comunicación, en Europa se han dado casos de vigilancia electrónica y de comunicaciones de carácter prospectivo por parte de los servicios secretos sobre periodistas que trabajaban en materias que son competencia de los servicios de inteligencia. En un inicio, el TEDH no reconoció que tales vigilancias fueran contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos por existir suficiente cobertura legal para tal tipo de actuaciones y por responder a un interés legítimo.

Así sucedió en el asunto *Weber y Saravia c. Alemania*, de 26 de junio de 2006, donde una periodista alemana que investigaba cuestiones que estaban sujetas a la supervisión del Servicio Federal de Inteligencia, y que

vijajaba para ello a diferentes países de Europa, Sudamérica, y América Central, consideró que podía ser interceptada deliberadamente en sus comunicaciones en cualquiera de estos lugares tras la introducción por el Gobierno de un sistema de control prospectivo (*strategic monitoring*). Con este sistema, siguiendo determinadas palabras clave, se rastreaban las comunicaciones y los datos personales de cualquier ciudadano, estuvieran en Alemania o en el extranjero, todo ello con el fin de obtener información para prevenir ataques terroristas u otros riesgos. Para la demandante esos controles coartaban su labor periodística, pues al trabajar ella sobre ese tipo de materias (terrorismo, drogas, tráfico de armas...) podía ser espiada y ya no podía estar segura de que su información y fuentes periodísticas pudiesen seguir siendo confidenciales, lo cual era crucial para la libertad de prensa en un Estado democrático. La Corte, tras analizar la regulación legal de esos controles estratégicos, consideró que esta era lo suficientemente garantista como para asegurar el no abuso de este instrumento por las autoridades y entendió que esa posible intromisión en las comunicaciones o el posible peligro para la libertad de prensa estaban suficientemente justificados por la salvaguarda de un interés legítimo, la seguridad nacional.

Afortunadamente, no tardaron en llegar decisiones del Tribunal de Estrasburgo donde se consideró este tipo de vigilancia contraria al derecho a la vida privada y al derecho a recibir y difundir información (arts. 8 y 10 del Convenio).

En el caso *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media y otros c. Netherlands* (22 de noviembre de 2011) unos periodistas habían difundido información relativa a actividades de la propia agencia de inteligencia y fueron sometidos a vigilancia con el fin de averiguar sus fuentes de información. El Tribunal no discutió que, efectivamente, detrás de la actuación de vigilancia operada por los servicios de inteligencia estaba el interés de salvaguardar la seguridad nacional, pero aplicó el test de «la necesidad en una sociedad democrática». Este test obliga a determinar si la «injerencia» se justificaba en una «necesidad social imperiosa», si era proporcionada al fin legítimo perseguido y si los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla eran pertinentes y suficientes. El Tribunal consideró que la legislación en los Países Bajos no había superado este test y no preveía la suficiente salvaguarda en relación con las facultades de vigilancia usados por el Estado en contra de los demandantes con el fin de descubrir sus fuentes periodísticas. Y terminó reiterando una vez más la importancia de la protección de estas fuentes para la prensa libre en cualquier sociedad⁵².

⁵² La aplicación de este test en otros supuestos de vigilancia puede verse en los asuntos: *Savovi c. Bulgaria*, de 27 de febrero de 2013, o *Ungváry and Irodalom KFT. c. Hungría*, de 3 de diciembre de 2013.

*Las limitaciones a la libertad de opinión y expresión para evitar la apología y enaltecimiento del terrorismo y la difusión del radicalismo islámico*⁵³

Veníamos diciendo que es una máxima en un Estado democrático que la libertad de expresión y la libertad ideológica no deben ser limitadas salvo que exista lo que se llama «un peligro claro y palpable» para determinados bienes que lo justifique⁵⁴. Lo que puede hacer referencia a la existencia de un peligro real e inminente para los derechos de los ciudadanos o para la seguridad, siempre que tales limitaciones sean necesarias en una sociedad democrática⁵⁵.

La existencia de un aumento cada vez mayor de mensajes en red favorables o promotores de la ideología del ISIS hace que nos preguntemos dónde está esa línea entre lo amparable dentro de la libertad de expresión y lo que queda fuera de ella. ¿Dónde está la línea entre lo que son actividades de terrorismo, la solidaridad con estas o sus autores, y las meras opiniones sobre el yihadismo y sus promotores, por ejemplo?

En cumplimiento de las exigencias supranacionales⁵⁶, los códigos penales se apresuraron a establecer como delitos ciertas manifestaciones de la libertad de pensamiento cuando constituyan apología o enaltecimiento del terrorismo o adoctrinamiento en las teorías islamistas particularmente radicales que apoyan este fenómeno.

Por lo pronto, en España el enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución son considerados como delito en el Código Penal. Una cosa es la provocación para la comisión de un delito y otra

⁵³ Véase, entre otros, el trabajo de M. Luisa CUERDA ARNAU: *Terrorismo y libertades políticas*, Valencia, Tirant lo Blanch 2008.

⁵⁴ La teoría del peligro claro y evidente fue introducida por el Juez Holmes del Tribunal Supremo norteamericano en 1919 en un voto que presentó en el asunto *Schenck v. United States* (249 U.S. 47). En todo caso, no fue hasta el caso *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444) en 1969 donde se estableció en un asunto sobre un miembro del Ku Klux Klan el actual significado de «clear and present danger», indicando que el gobierno no podía penalizar expresiones incendiarias excepto que estas incitaran a una inminente actuación ilegal (*imminent lawless action*).

⁵⁵ Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en el art. 19 que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales y que podría restringirse para la protección de la seguridad nacional (entre otras causas). En el mismo sentido cita la seguridad nacional y la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Véase también sentencias del TEDH en los casos *Zana c. Turquía*, de 25 de noviembre de 1997, *Surek c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, *Ceylan c. Turquía*, de julio de 1999, *Hogefeld c. Alemania*, de 20 de enero de 2000.

⁵⁶ Además de las Decisiones de Naciones Unidas, tener en cuenta lo derivado del cumplimiento de la Decisión Marco de la Unión Europea 2008/919/JAI.

el enaltecimiento terrorista, que es una manifestación de opinión (punible), y se ha considerado como una especie de provocación indirecta a la comisión de delitos. Esto segundo quedó incorporado en el Código Penal por Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre. Otra actividad que está tipificada como delito es el adoctrinamiento y adiestramiento militar o de combate para hacer la yihad, que ha de ser habitual para ser considerado delictivo, especialmente el que se realiza a través de internet o servicios de comunicación accesibles al público (art. 575 CP). Al igual que está penada en el art. 578 CP, la realización de actos de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de delitos terroristas o sus familiares, donde se castiga la ofensa a las mismas, del que se ha objetado que podría servir de subterfugio para criminalizar delitos de opinión o de discrepancia política o ideológica. A todos estos delitos nos referiremos con más detenimiento en el apartado cuarto de este trabajo.

Lo indicado respecto del sistema español contrasta con lo que se establecía en Francia, donde la prohibición de apología del terrorismo no se encontraba en el Código penal francés, sino en la Ley de libertad de prensa, lo que suponía una serie de garantías en cuanto a la proporcionalidad y respeto al derecho fundamental a la libertad de expresión superior al de delitos de terrorismo. Por lo tanto, las autoridades no podían someter estas acciones a técnicas especiales de investigación, como sí sucedía respecto de los delitos propiamente de terrorismo en sentido más estricto.

Hay un caso que ilustra de qué modo se ha perseguido la apología del terrorismo yihadista en Francia. Es el caso de un dibujante de la publicación *Ekaïtza*, de nombre Denis Leroy, condenado por apología del terrorismo por un dibujo el 11 de septiembre de 2001 que simbolizaba el atentado a las Torres Gemelas con el escrito «Todos nosotros hemos soñado con ello... Hamás lo ha hecho». El demandante interpuso recurso de casación defendiendo el «derecho a difundir, mediante un dibujo, una opinión que no es compartida por la mayoría, o una opinión susceptible de ofender o conmocionar». Sin embargo, cuando esta demanda llegó ante el TEDH, este no lo amparó. Para el Tribunal el demandante expresó su apoyo y solidaridad moral de los presuntos autores y juzgó favorablemente la violencia perpetrada contra miles de civiles y entendió que ello atentaba contra la dignidad de las víctimas. El Tribunal consideró que el dibujo publicado el 13 de septiembre no tuvo precaución en el lenguaje y no era amparable dentro de la libertad de expresión. (Caso *Leroy contra Francia*, de 2 de octubre de 2008).

Como ya hemos indicado, la sucesión de ataques terroristas en suelo francés, condujo a un replanteamiento sobre su política antiterrorista. En 2012, tras un atentado perpetrado por un individuo que dijo ser de al-Qaeda, el presidente Nicolás Sarkozy propuso nuevas medidas, entre las que cobraba un papel muy importante la criminalización de la propagación de «ideas extremistas», la apología del terrorismo o incluso la visita de sitios web donde

se realizaba apología del terrorismo⁵⁷. Como consecuencia, la apología y la provocación de terrorismo fueron suprimidos de la Ley de libertad de prensa e incluidos en el Código Penal en 2014⁵⁸ y en 2016 se aumentó la pena por la comisión de tales delitos.

Precisamente la circulación de las doctrinas extremistas que están detrás del terrorismo yihadista y toda la labor de difusión de las mismas para captar nuevos adeptos se realiza en nuestros días, en gran parte, a través de Internet, incluyendo páginas web, redes sociales, o el correo electrónico. Por ello, una de las medidas que pueden servir para cerrar el flujo de ese tipo de información es la censura o cierre de determinadas páginas web o canales electrónicos.

España establece en el mismo Código Penal que la comisión del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo por vía telemática habilita al juez a acordar la destrucción o borrado del material u ordenar la retirada de contenidos o solicitar de los prestadores de servicios que supriman los enlaces o se impida el acceso a los contenidos o servicios ilícitos. Aunque, bien es cierto que la norma establece respeto al principio de proporcionalidad (art. 578 CP). Como tal, no está prevista esta medida para el caso del adoctrinamiento en el yihadismo a través de la red, sin menoscabo de que dentro del abanico amplio de medidas que puede adoptar, ordene esta misma. Como tampoco cabe aplicar las medidas excepcionales del art. 55.2 CE en el caso de apología del terrorismo, solo podrá hacerlo en el supuesto de actividades terroristas en el sentido más estricto⁵⁹.

Francia es menos garantista en la limitación de las libertades de opinión en red. Con la nueva Ley relativa al Estado de emergencia, adoptada el 20 de noviembre de 2015, aumentó los poderes de las autoridades administrativas sobre el bloqueo de páginas web de internet que inciten a la comisión de actos de terrorismo o que hagan apología del mismo. La medida puede ser acordada por el Ministerio del Interior (art. 11.II de la Ley). La inquietud sobre esta medida fue puesta de manifiesto por los especialistas de Naciones Unidas por la ausencia de un control judicial sobre ella⁶⁰.

Otros países han emprendido el mismo camino. Austria aprobó el 16 de mayo de 2017 una ley que intenta vetar las campañas de proselitismo salafista, prohibiendo, entre otras cosas, las campañas de reparto del Corán

⁵⁷ MIRA BENAVENT, Javier; GÓMIS FONS, Andrés; JURADO CEPAS, Juan y RIPOLLÉS PELLICER, Miriam: Apología del terrorismo y libertad de expresión en España y Francia. Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH, Valencia, Clínica Jurídica para la Justicia Social, 2013, p. 72.

⁵⁸ LOI n.º 2014-1353 du 13 Novembre 2014, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

⁵⁹ STC 199/1987.

⁶⁰ Véase la Comunicación reportada en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas A/HRC/29/50, FRA 1/2015, 03/02/2015

por parte de representantes de esta corriente islamista ultraconservadora, que hace lectura literal del libro sagrado musulmán, en un intento de evitar la proliferación de ideas que se han vinculado al terrorismo yihadista. No obstante, esta medida viene unida a una campaña gubernamental que ha apostado por poner freno al aumento de la inmigración, mucha de ella procedente de Turquía. De hecho es una ley que se enmarca dentro de un paquete de medidas legislativas denominadas «de integración», que endurecen considerablemente las condiciones en que son aceptados los refugiados e inmigrantes, muy especialmente los de religión islámica. Ni que decir tiene la brecha que ello abre con respecto a los derechos humanos.

En general, estas nuevas normas se enmarcan en la línea de lo acordado en el seno de Naciones Unidas y de la Unión Europea. En el marco europeo ello ha quedado finalmente reflejado en la Directiva relativa a la lucha contra el terrorismo de 2017, anteriormente citada, donde se establece, para aquellos países que todavía no lo hayan hecho, que antes del 8 de septiembre de 2018 deberán sancionar en los códigos penales: «el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de delitos de terrorismo, siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo...» (art. 5), la captación para el terrorismo (art. 6), o el adiestramiento con tal fin (art. 7), entre otras actividades. Y ello puede conducir, como señalábamos, al cierre de determinadas páginas web que son gestionadas por compañías privadas para evitar que circule dicha información⁶¹. Las cuestiones que debemos hacernos son: quién va a actuar como censor de dichas páginas y en qué medida las empresas que gestionan esos chat (Ej.: Facebook) o son proveedoras de servicios de internet o constituyen canales a través de los cuales se difunden vídeos (ej. YouTube), están obligadas a vigilar y/o colaborar activamente con el Estado en la persecución de ese tipo de apología del yihadismo. ¿Tienen algún tipo de responsabilidad el administrador de una página web? A este respecto, hemos de recordar que en España el Tribunal Constitucional consideró que la reproducción en un periódico (que igual podría haber sido una página web hoy) de comunicados apologéticos constituía ejercicio del derecho a informar y no podía ser constitutivo de infracción penal⁶². De igual modo, y en la línea de lo que decíamos más arriba, no es lo mismo utilizar las redes para instar a la violencia contra Occidente en nombre de Alá, o publicar vídeos explicando cómo unirse a la Yihad y actuar de kamikaze, que defender en

⁶¹ Porque la Directiva obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar la rápida eliminación de los contenidos en línea albergados en su territorio que tengan las finalidades que arriba hemos expresado o a bloquear el acceso a dicho contenido por parte de los usuarios de internet dentro de su territorio (art. 21 Directiva lucha contra el terrorismo, 2017)

⁶² STC 159/1986. Recurso de amparo interpuesto por el director del diario vasco Egin que había sido condenado por reproducir comunicados de ETA.

un foro la idea de la creación de un nuevo califato en los territorios de determinados países o realizar una crítica a Estados Unidos y sus aliados por haberse inmiscuido en el gobierno de Irak o Afganistán, o incluso defender posiciones que nos puedan parecer deleznable, por poner unos ejemplos. Hasta qué punto algunas limitaciones podrían ser más prohibiciones a la razonable voluntad de disentir que a la generación de un evidente peligro para la seguridad. Esta es la perspectiva que nunca debemos perder de vista. A este respecto, la reciente Directiva de 2017 indica que «Las medidas de eliminación y bloqueo deberán establecerse por procedimientos transparentes y ofrecer garantías adecuadas, sobre todo para garantizar que se limiten a lo necesario y proporcionado y que los usuarios estén informados de su justificación. Las garantías relativas a la eliminación o al bloqueo incluirán asimismo la posibilidad de recurso judicial» (art. 21.3).

Limitaciones a determinados códigos de indumentaria. El conflicto entre la expresión religiosa y la pretendida seguridad

Otra de las formas de manifestaciones de la libertad de conciencia es la libertad religiosa y, en particular, la de participar en actos de culto, vestir o actuar conforme a esas convicciones religiosas. Sin duda, muchas de las medidas antiterroristas, o al menos *pretendidamente* amparándose en la salvaguarda de la seguridad nacional, han ido dirigidas a la limitación en el uso de determinadas prendas, que son manifestación de las propias convicciones religiosas, en los espacios públicos o a la obligación de desposeerse de determinada indumentaria en puntos concretos de control de seguridad. Obviamente en todos esos casos la limitación al ejercicio de la propia libertad personal es general, amparada en una pretendida salvaguarda de la seguridad, y no va dirigida a individuos concretos sobre los que recaiga una fundada sospecha de poder estar involucrados en actos contra tal seguridad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que «el Estado puede limitar la libertad de manifestar una religión, por ejemplo, el llevar el velo islámico, si el ejercicio de esta libertad choca con el objetivo de garantizar la protección de los derechos y libertades de otros, del orden y la seguridad públicas»⁶³. Pensemos, entre otros asuntos, en la aceptación de la obligación de despojarse de determinadas prendas, que se llevan por motivos religiosos, en los controles de seguridad impuestos en los aeropuertos (*Phull c. France*, 2005) o a la entrada de los consulados (*El Morsli c. France* 2008, CEDH 2008). Sin embargo, el TEDH sí consideró contrario a la libertad religiosa la obligación de un sikh de quitarse el turbante que normalmente lucen recogiendo el pelo para realizarse las fotos para el documento de identidad, imposición que igualmente se había fundado en medidas de seguridad (*Mann Singh c. Francia*, 2008).

⁶³ *DOGRU c. Francia*, 2008.

También como medida argüida en la lucha por salvaguardar la seguridad pública, algunos Estados⁶⁴ han adoptado normas prohibiendo el uso de determinadas prendas, que se llevan en cumplimiento de las propias creencias, en los espacios públicos⁶⁵. Este fue el argumento utilizado en Francia en la Ley sobre la ocultación del rostro en espacios públicos⁶⁶ que, entre otros, proscribía el *burka* (que tapa incluso los ojos con una rejilla) y el *niqab* (que oculta todo el cuerpo menos los ojos), que solo utilizan una mínima parte de las musulmanas pero que generan en Europa un evidente rechazo y un vivo debate. La razón alegada (entre otras) es que bajo esas prendas podría ocultarse alguien para cometer un delito o perpetrar un ataque terrorista. En la mente de algunos ciudadanos se realiza un paralelismo imaginario con ataques con explosivos bajo el burka como los ocurridos en territorios de Oriente Medio. Y ese miedo (a nuestro entender infundado) es lo que Francia ha tratado de utilizar para justificar la prohibición.

La ley fue recurrida ante el Tribunal de Estrasburgo por una mujer musulmana que consideró que el hecho de que deba descubrirse el rostro era un atentado a la vida privada y la libertad religiosa y de pensamiento. La respuesta del Tribunal, dictada en el asunto *S.A.S c. Francia* (2014), sin embargo, no le amparó. Entendió que ese era uno de los límites que podía imponer el Estado en la salvaguarda de la seguridad y para garantizar las condiciones necesarias de convivencia, argumentos, ambos dos y particularmente este segundo, poco convincentes. Como se recogió en los votos particulares, en realidad se sacrifican derechos individuales por principios abstractos.

Bélgica de igual modo prohibió el uso de estas prendas, con la Ley de 1 de junio de 2011, de prohibición de atuendos que cubran el rostro. El Tribunal Constitucional belga consideró que ello no implicaba violación de la libertad religiosa por ser una prohibición necesaria para proteger el orden público y la seguridad pública⁶⁷.

Austria ha aprobado más recientemente, el 16 de mayo de este 2017, una ley que también prohíbe el uso del velo integral o cualquier prenda que cubra el rostro en los espacios públicos, aunque la medida parece fundarse menos en la seguridad pública y más en la consideración de una prenda «antisocial», según su expresión, o poco integradora.

⁶⁴ La prohibición general en cualquier espacio público y en todo el territorio se ha dado solo en algunos Estados, pero podemos encontrar dicha prohibición en determinados cantones en Suiza, en algunos municipios en Italia, Países Bajos o España (declarado no conforme a la ley), en el ámbito educativo (Alemania), etc.

⁶⁵ MOTILLA, A. «La prohibición del burqa islámico en Europa y España: reflexiones de *iure condendo*», Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXVIII, 2012, pp. 171-196.

⁶⁶ Ley francesa n.º 2010-1192 de 11 de octubre de 2010 sobre la prohibición de la ocultación del rostro en los espacios públicos.

⁶⁷ Sentencia 145/2012, de 6 de diciembre. RELAÑO, Eugenia: «Las dos caras del Dr. Jekyll: las prohibiciones del velo integral a debate», Debates Jurídicos, n.º 5, 2015, pp. 3-33.

Las libertades de reunión y asociación y la lucha antiterrorista

Otros de los derechos que podrían verse afectados por las medidas contra terroristas son los de reunión y asociación. A este respecto, especialmente ejemplificativo resulta el caso de Francia y las medidas acordadas como consecuencia de la declaración del estado de excepción tras los atentados del 13 de noviembre de 2015 en París. La declaración de esa excepcionalidad implica la limitación temporal del ejercicio de derechos como el derecho de reunión o manifestación en determinadas zonas «a toda persona susceptible de obstaculizar, de cualquier manera que fuera, la acción de los poderes públicos» (art. 5 Ley Estado excepción).

Particular interés han despertado en las autoridades francesas las reuniones en determinados lugares de culto religioso, esto es, las mezquitas, por convertirse en espacios donde se ha producido una radicalización de los grupos que asistían. Por dicha causa, con posterioridad a los atentados de 2015 se cerraron una treintena de ellas en Francia. La medida, aún estando justificada, es limitativa de la libertad religiosa y afecta también al derecho a reunirse para practicar actos de culto o intercambiar opiniones. Tras las recientes elecciones presidenciales de mayo de 2017, el Estado ha anunciado la reapertura de la mezquita Al-Rawda, pero con grandes medidas de seguridad, entre ellas el establecimiento de un sistema de vídeovigilancia para «prevenir la constitución de grupos incontrolados, susceptibles de difundir mensajes radicales», o «comportamientos y expresiones contrarias a los valores de la República» en ese lugar de culto o en sus alrededores⁶⁸.

En el pasado ya había acaecido en Europa algún caso que podría recordarnos a lo descrito, aunque fuera del contexto de un estado de excepción. Uno de ellos fue conocido por la Corte de Estrasburgo en 2010.

En el asunto *Ahmet Arslan y otros c. Turquía* (2010), los recurrentes, que pertenecían a un grupo religioso musulmán, participaron en una ceremonia religiosa junto a una mezquita llevando sus vestimentas religiosas. En el transcurso de dicha reunión pública se produjeron varios incidentes, muchos de los partícipes fueron arrestados ante el Tribunal de Seguridad Nacional por haber incumplido la legislación antiterrorista y poner en riesgo la seguridad pública. Luego fueron procesados por ello, negándose a quitarse su indumentaria religiosa, a pesar de haberlo solicitado el tribunal, y finalmente fueron condenados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que los condenados eran ciudadanos ordinarios y el modo en que vestían en ese acto religioso en un lugar público no pudo suponer en ningún caso una amenaza para el orden público o para terceros, ni ejercieron ningún tipo de

⁶⁸ VICENT, Elise: «Le ministère de l'intérieur autorise la réouverture de la mosquée de Stains», *Le Monde*, 11 de mayo de 2017. http://www.lemonde.fr/societe/article/2017/05/11/le-ministere-de-l-interieur-autorise-la-reouverture-de-la-mosquee-de-stains_5125784_3224.html#ma74qFvMi0QoDQWA.99

presión a los viandantes, por lo que consideró que se habían vulnerado sus derechos fundamentales.

Por otro lado, y volviendo a la normativa de excepción francesa, se había denunciado que esa desorbitada posibilidad que brinda la ley sobre el estado de excepción podía ser utilizada por los poderes públicos para prohibir la participación en manifestaciones de cualquier naturaleza, sin demasiada justificación. Desde la ola de los últimos atentados varias manifestaciones han sido prohibidas en Francia, en principio, por una cuestión de orden público al coincidir con el declarado estado de excepción por amenaza terrorista. Pero un ciudadano, al que se le negó la posibilidad de participar en una gran manifestación contra la Ley del trabajo, planteó una cuestión ante el Consejo Constitucional francés. Este órgano ha considerado finalmente inconstitucional el art. 5 de dicha ley, precepto citado más arriba, por desproporcionado. Según la decisión, la redacción del mismo permitiría a la policía prohibir la permanencia o circulación en cualquier zona sin ninguna relación con el orden público y menos con la existencia de una amenaza terrorista⁶⁹. En definitiva, se han estado prohibiendo determinadas manifestaciones al amparo de la emergencia terrorista, en un nuevo claro e injustificado desequilibrio entre seguridad y derechos de los ciudadanos.

Igualmente la ley de estado de excepción francesa permite, mientras dure el estado de urgencia, la disolución de organizaciones o asociaciones, sin un procedimiento judicial, por decreto del Consejo de Ministros, cuando esas asociaciones «participen en la comisión de actos que puedan suponer un atentado grave para el orden público» (art. 6.1 Ley estado de excepción). Todo ello con el telón de fondo de la pretendida seguridad pública.

Libertad personal y de movimiento

Entre las respuestas más comunes de la mayoría de Estados frente a la amenaza del terrorismo de corte yihadista ocupa un lugar específico el recorte a los derechos relacionados con la libertad personal, la libertad de movimiento y a las garantías que les acompañan. En especial, aquellas libertades pueden quedar limitadas a consecuencia de la imposición de una pena, como la reacción jurídica más grave ante la comisión de delitos terroristas. No hay que olvidar, sin embargo, que el fenómeno del terrorismo desborda, en la actualidad, a la categoría de delito para mutar en la idea de *amenaza*,⁷⁰ lo que, asimismo, fue empleado, durante un tiempo, como *ratio* para responder con consecuencias jurídicas que comprometían claramente a los derechos y libertades fundamentales. Uno de los exponentes más claros, en la historia reciente, de respuesta expeditiva a un ataque terrorista execrable,

⁶⁹ *Décision* n° 2017-635 QPC du 9 Juin 2017.

⁷⁰ Véase GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Servicios de inteligencia y contraterrorismo» en *Terrorismo y contraterrorismo...* Op. cit., pp.118 y ss.

que comportó un recorte exacerbado de libertades, fue la reacción legislativa que tuvo lugar en Estados Unidos frente a los ataques del 11S. Como es sabido, dicha reacción, ante todo, se plasmó en la conocida *USA Patriot Act (October 2001)*⁷¹, aprobada apenas seis semanas después de aquellos ataques terroristas y que trató de ampliarse por la *US Patriot Act II (2003)*⁷². Las facilidades que de ellas derivaron para restringir la libertad personal y, entre otras medidas subsiguientes, la creación de la cárcel de Guantánamo constituyen ejemplos muy ilustrativos de lo que supone la más flagrante vulneración de la prohibición de privaciones arbitrarias de libertad⁷³, derecho a un juicio justo y derecho a la presunción de inocencia, entre otras fundamentales garantías, tan bien sintetizadas por Ronald Dworkin⁷⁴ en su momento. Ello por no hablar de las ejecuciones sumarias y del asesinato selectivo de los presuntos responsables de ataques terroristas y lo denominados «daños colaterales», que no es más que una forma eufemística de referirse a la muerte de civiles, incluidos niños.

A pesar de que la legislación penal estadounidense contenida en la *Patriot Act (2001)*⁷⁵, es probablemente una de las que mejor ejemplifica la creación de una normativa penal contraterrorista *ad hoc* para garantizar a toda costa la seguridad de una nación, sorteando si es preciso el necesario respeto a los derechos fundamentales, no podemos obviar que entrado el s. XXI se han desarrollado otras muchas legislaciones en países occidentales que, en diversos aspectos, reiteran el patrón acuñado por aquella primera ley estadounidense contraterrorista. El siguiente apartado se ocupará de analizar las leyes penales más representativas, aprobadas en tiempos recientes que son expresión, como elemento común, de políticas contraterroristas y, asi-

⁷¹ Véase *The United and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act 2001 (Patriot Act)*, Pub. L. N.º. 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

⁷² Véase *Domestic Security Enhancement Act (Draft-9 January 2003)*, filtrado en enero de 2003 por el Justice Department, casi al mismo tiempo en que el presidente Bush, llamó a la renovación de la primera Patriot Act en el Congreso de EE.UU., en enero de 2003. Pese a que aquel borrador de ley fue archivado, por las múltiples críticas que recibió, muchos elementos allí previstos trascendieron a sucesivas leyes específicas (en materia v.gr. de inteligencia y de control de telecomunicaciones).

⁷³ En esas detenciones colaboraron indirectamente gobiernos europeos al permitir las escalas de los vuelos de la CIA que transportaban presuntos terroristas para ser sometidos a procesos de dudosa legalidad. En relación con la cooperación entre los Estados en las entregas extraordinarias puede verse el informe de la Open Society Justice Initiative (2013), *Globalizing torture CIA Secret Detention and Extraordinary rendition*, New York: Open Society Foundation.

⁷⁴ Véase DWORKIN, Ronald: «The threat to patriotism», *New York Review of Books*, 28 febrero 2002.

⁷⁵ Para un análisis específico de los delitos y penas (federales) introducidos por estas leyes, véase DOYLE, CH., «The Patriot Act: A Legal Analysis», *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, The Library of Congress, US, abril 2002, pp. 54 a 61.

mismo, plantean diversas fricciones con el derecho fundamental a la libertad personal y ambulatoria.

La deriva de las legislaciones penales contraterroristas, hacia el Derecho penal del enemigo

Si como se ha indicado el 11M fue el hito histórico que marca el inicio del nuevo siglo, no puede obviarse que además provocó la promulgación de la legislación contra-terrorista contemporánea, actualmente, está en vigor en la mayoría de países occidentales (*Post 9/11 counter terrorism legislations*). En efecto, una de las respuestas más inminentes frente a la percepción del terrorismo internacional de corte yihadista como amenaza global, consistió en que los distintos países occidentales desarrollaran una política criminal que cristalizó en leyes antiterroristas para el endurecimiento de las sanciones penales y el adelanto de la intervención penal a través de la creación de nuevos delitos⁷⁶. En el ámbito internacional, esta tendencia legislativa trajo causa en un primer momento de la Resolución 1373 (2001) de Naciones Unidas, y más recientemente en el cumplimiento de la Resolución 2178 (2014), para frenar el flujo de combatientes terroristas⁷⁷. En ejecución de dichos compromisos internacionales, los países miembros de la UE adoptaron la Directiva UE sobre lucha antiterrorista (2017) donde igualmente se invita a los Estados a que se cercioren de que sus normas penales tipifiquen suficientemente determinadas actividades relacionadas con el terrorismo descritas en aquellas normas comunitarias.

Siguiendo las directrices internacionales, a partir del 11S y de la sucesión de execrables ataques terroristas posteriores, muchos Estados incrementaron los ilícitos tipificados como delitos de terrorismo, adelantaron la intervención penal a casos de actos preparatorios —o incluso a actos de apología— y aumentaron las correspondientes penas. Es evidente que, actualmente, la tendencia de la intervención penal en materia terrorista es expansiva, a costa de reformar múltiples Códigos Penales de países de nuestro entorno jurídico, que se han rearmado, añadiendo más delitos de los que suele considerarse oportuno en un Derecho penal de corte liberal. Y aunque es cierto que, en tiempos recientes, en los países occidentales —como por ejemplo en España—, no se suelen aprobar *leyes de emergencia antiterroristas específicas*, no lo es menos que, las medidas contraterroristas han ido engrosando los Códigos penales vigentes en la actualidad a través de sucesivas reformas,

⁷⁶ Véase RAMAJ, V.V./HOR, M./ ROACH, K. «Introduction» en *Global anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, 2005, pp. 5 to 7.

⁷⁷ Concretamente en la Resolución 2178, de 24 de septiembre de 2014 se contiene una detallada definición de las acciones terroristas que se consideran las principales amenazas que el terrorismo de corte yihadista plantea a la comunidad internacional. Como posteriormente se analizará esta resolución tuvo una repercusión directa en la LO 2/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal español así como en el de otros países.

surgiendo un «corpus» legislativo que se enmarca en lo que, desde la perspectiva teórica, se denomina el *Derecho penal de excepción o emergencia*⁷⁸. La aparición de esta normativa contraterroristas confirma además, la tendencia político-criminal hacia el llamado *Derecho penal del enemigo* («*Feindstrafrecht*»).⁷⁹ Brevemente con respecto a esta construcción dogmática, introducida por el penalista alemán Günther Jakobs a mediados de los años ochenta⁸⁰, es preciso apuntar su fundamento en construcciones teóricas que se remontaría a Carl Schmitt y su idea de la política como la contraposición entre el amigo *versus* el enemigo⁸¹. A la vez que, hay que aludir a su visión de la normalidad y la excepción como categorías básicas para entender el conflicto político⁸². Desde la perspectiva histórica, el término «enemigo» tiene una connotación militar puesto que, en efecto, pertenece a la lógica de la guerra lo que, como es sabido, comporta la negación del derecho⁸³. La novedad de la figura del enemigo es relativa, pues aparece, por lo general, en regímenes políticos autoritarios y dictatoriales (v.gr. en Argentina o Chile) para caracterizar a los disidentes como «enemigos internos» o también en la lucha contra el narcotráfico en países iberoamericanos donde la noción de «enemigo» permitió movilizar y justificar el empleo de recursos militares⁸⁴. Estos orígenes refuerzan la idea de que las legislaciones penales modernas que se instalan, como regla general, en lo excepcional o en la «emergencia» constante, reflejan una evolución —reforzada por la mutación del *Welfare State*, en un Estado *preventivo*⁸⁵ máximo, a efectos de control social—, hacia sistemas jurídicos más propios de regímenes autoritarios.⁸⁶ Así ha sucedido a raíz de las múltiples medidas contraterroristas que han pasado a engrosar una especie de arsenal punitivo en los distintos ordenamientos jurídicos o

⁷⁸ Véase PÉREZ CEPEDA, A.I., «El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal» en FARALDO CABANA (dir.)/PUENTE ABA, L./SOUTO GARCÍA, E.M., *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, *passim*.

⁷⁹ Véase CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo ¿Derecho penal del enemigo?», en M. Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 373 y ss.

⁸⁰ Véase JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *El Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2006, 2ª ed., *passim*.

⁸¹ Véase PORTILLA CONTRERAS, G., «La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el derecho penal y procesal penal del enemigo» en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Cancio Meliá, M./ Gómez-Jara Díez (coords.)), vol. 2, Madrid, pp. 657 y ss.

⁸² Véase REVENGA SÁNCHEZ, M., «Terrorismo y derecho...». Op. cit., p. 15.

⁸³ Véase DEMETRIO CRESPO, E., «Derecho penal del enemigo y teoría del derecho», en *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, (dirs. Portilla Contreras/ Pérez Cepeda) Salamanca, 2016, p. 42.

⁸⁴ Véase FARALDO CABANA, P., «El Derecho penal de enemigos...». Op.cit., p. 311.

⁸⁵ Véase DENNINGER, E., «Der Präventions-Staat», *KJ*, 1988, n. 21 (1), pp. 1 y ss.

⁸⁶ Véase NAZZARO, U., *Il Diritto penale del nemico tra delitto di associazione politica e misure di contrasto al terrorismo internazionale*, Academia Pontaniana, 2016, pp. 107 y 108.

legislaciones domésticas⁸⁷, en ocasiones con el respaldo de la UE⁸⁸ y de la ONU⁸⁹. La escasamente rebatida idea, propia de la lógica de la emergencia, según la cual cualquier conflicto social ha de hallar solución en la respuesta punitiva, está en el origen del pensamiento que aplica la intervención penal como *extrema ratio* también en materia terrorista⁹⁰, postergando cualquier posible solución política del conflicto y anulando, asimismo, cualquier atisbo de la cultura garantista que debiera inspirar también este ámbito del Derecho penal, al menos entendido este en un sentido liberal. Se expande por tanto, el pensamiento pragmático-eficientista propio de las corrientes funcionalistas extremas en Derecho penal, que básicamente reclama la renovada vigencia de la teoría del *Estado de excepción* en las legislaciones penales⁹¹ y que ha encontrado en el pensamiento de autores como G. JAK-OBS y quienes lo desarrollan, la mejor fundamentación teórica posible para atribuir al Estado no ya el *ius puniendi*, sino el *ius bello*⁹². Como evidencia de que esto es así, cabe reparar en la penetración en la legislación penal ordinaria, de técnicas jurídicas propias de un derecho militar así como en el recrudecimiento generalizado al que asistimos, en las últimas décadas, de prácticamente todas las legislaciones penales terroristas, en donde priman las medidas «contraterroristas» reactivas a concretos atentados y dirigidas a determinar *quiénes* son los enemigos y *cómo* combatirlos del modo más severo posible. Y ello tanto desde el momento de configurar las infracciones y sanciones, pasando por la minimización de sus garantías en el proceso penal, hasta alcanzar el mayor rigor en la ejecución de las penas. El *carácter reactivo* de las leyes penales antiterroristas implica que las mismas se aprueban, por lo general, como respuesta inmediata pero poco meditada al último de los ataques terroristas («*fight the last war*»), lo que no solo pone en peligro los principios penales garantistas y libertades públicas sino que posterga los recursos políticos con los que efectivamente se cuenta para combatir al terrorismo. En especial, en materia terrorista, se hace evidente

⁸⁷ Véase GALLI, F./WEYEMBERGH, A. (eds.), *EU counter terrorism offences. What impact on national legislation and case law?*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2012, pp. 15 y ss.

⁸⁸ Véase, entre otras acciones, la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. Considérese, entre otras, la reunión informal del Consejo de Europa de 12 de febrero de 2015 y el documento de conclusiones adoptado, tras los execrables asesinatos yihadistas a varios periodistas de la revista Charlie Hebdo. Véase la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la de la utilización del sistema financiero para la financiación del terrorismo. Véase Protocolo adicional al Convenio de 2005, de 19 de mayo de 2015, en el marco del Consejo de Europa.

⁸⁹ Véase las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2170/2014, de 15 de agosto de 2014 y 2178/2014, de 24 de septiembre.

⁹⁰ Véase NAZZARO, U., *Il Diritto penale del nemico...* Op.cit., pp. 110 y ss.

⁹¹ Véase PÉREZ CEPEDA, A.I., «El paradigma de la seguridad en la globalización...». Op. cit., pp.100 y ss.

⁹² Véase JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *El Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2.ª ed., 2006, pp. 23 y ss.

lo que ROACH ha denominado «politización del delito», pues las sucesivas reformas penales se ofrecen como una respuesta simbólica y barata a un conflicto social muy grave con implicaciones no solo políticas sino sociales, económicas e incluso culturales.⁹³ Al dar ese uso a las leyes penales antiterroristas, se convierten en el mejor exponente del fenómeno entendido por SIMON como «gobernar a través del delito» pues, ante todo en los Estados neoliberales, la amenaza terrorista trata de afrontarse en primera instancia con leyes penales que al menos reflejan que *se está haciendo algo* —ante la errónea creencia de que frente al terrorismo, nada sirve, excepto quizá la pena—, toda vez que así se transmite el mensaje a la sociedad de solidaridad con las víctimas inocentes⁹⁴.

Así caracterizada la *tendencia legislativa «contraterrorista» en su deriva hacia el Derecho penal del enemigo*, conviene aproximarnos a las medidas de índole penal que son su expresión más reciente, empezando por analizar las de nuestro país así como legislaciones de países de la Unión Europea y de nuestro entorno jurídico que más se le asemejan⁹⁵.

Las concretas legislaciones contraterroristas: en especial, la legislación penal española

Como ya se ha avanzado, la nota común a las legislaciones de nuestro ámbito jurídico que cuentan con medidas penales específicas antiterroristas, es que cabe diferenciar un antes y un después en su contenido y fines, que viene marcado por el atentado del 11S, pues en los distintos países, con anterioridad si acaso existía una legislación penal específicamente referida al llamado terrorismo «doméstico». Si bien, aquel suceso fue el detonante para introducir medidas orientadas a un terrorismo, por así decirlo, de nuevo cuño, en tanto tiene dimensión *transnacional* y su base es la doctrina *yihadista*. Basta por tanto la referencia ya hecha a la *legislación estadounidense*

⁹³ Véase ROACH, K., «The Criminal law and terrorism», en *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, 2005, p. 132.

⁹⁴ Véase SIMON, J., *Governing through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, 2007, Oxford-NY, pp. 259 y ss.

⁹⁵ En líneas generales cabe advertir diferencias en el régimen jurídico que se otorga a los delitos de terrorismo en los distintos países. Ante todo porque, mientras algunos Estados han promulgado regulaciones penales específicas, teóricamente dirigidas a frenar el fenómeno terrorista, otros no cuentan con una legislación «ad hoc» para afrontarlo de forma que los delitos comunes pueden dirigirse a conminar actos terroristas. No obstante, cabe soluciones intermedias de modo que, por ejemplo, antes de 2002, en países como en Austria es posible aumentar en la mitad las sanciones dirigidas a castigar delitos comunes, si los mismos pueden ser calificados de actos relativos al terrorismo. Sin embargo, partir de la *Decisión Marco de la UE 2002/475/JHA on combating terrorism*, el Código penal austriaco se reformó en el sentido de prever, por primera vez, delitos de terrorismo y de financiación del terrorismo. Véase KERT R., «Austrian counter-terrorism legislation and case law» en *EU counter-terrorism offences...* Op. cit., pp. 134 a 147.

de las *Patriot Acts* para aludir a este ordenamiento jurídico⁹⁶, puesto que aún parece prematuro aventurar las posibles leyes penales que la Administración Trump pueda adoptar en la materia. En el ámbito de la Unión Europea, se han desarrollado un amplio catálogo de normativas e instrumentos para luchar contra el terrorismo de forma global⁹⁷. No obstante, para no sobrepasar unos límites razonables, nos centraremos en el sistema penal de nuestro país, habida cuenta de la reciente reforma en la materia por LO 2/2015, de 30 de marzo, sin obviar los ordenamientos penales que más han podido influir en dicha legislación o que cuenten con una similar, para así mejor delimitar su alcance respecto a los derechos fundamentales y libertades públicas. Ese sería el caso, en concreto de los sistemas penales de Alemania e Italia, sin desconocer la importancia de otras legislaciones como la de Gran Bretaña, Francia y Portugal.

España

Como es sabido, en España, desde la instauración de la Constitución de 1978, la lacra del terrorismo fue una constante en las tres primeras décadas de nuestra democracia, a causa esencialmente de los continuos atentados de la banda terrorista ETA. Desgraciadamente, además, a principio del presente siglo se padeció la eclosión del llamado terrorismo yihadista a raíz del gravísimo atentado del 11 de marzo de 2004. Aquel primer fenómeno terrorista, propio de los años noventa y ochenta del siglo pasado, se afrontó en nuestro país, inicialmente, a través de una *ley penal especial antiterrorista*⁹⁸, si bien, desde 1995 —e incluso ya antes⁹⁹— el grueso de los delitos de terrorismo se han ido ubicado en el Código penal¹⁰⁰. Ello pareció alejar, durante unos años,

⁹⁶ Para una visión completa véase SALAS, L. «Diritto penales, diritto politico e «diritto penale del nemico» en *Delitto penales e diritto penales del nemico*» (a cura di GAMBERINI e ORLANDI), Bologna, 2007, pp. 303 a 355.

⁹⁷ Desde la Estrategia de la Unión Europea de lucha contra terrorismo, aprobada el 30 de noviembre de 2005, pasando por la Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea adoptada por el Consejo de Justicia y Asunto de Interior (sesiones de 25 y 26 de febrero de 2010) aprobada por el Consejo Europeo los días 25 y 26 de marzo 2010, hasta la Agenda Europea de seguridad (2014-2019). *Vide in extenso* CUERDA ARNAU, M.L., «La radicalización terrorista de menores y jóvenes vulnerables», en CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (coord.), *Menores y redes sociales*. Valencia, 2016, pp. 475 a 483.

⁹⁸ Véase la LO 9/1984, de 26 de diciembre, derogada en 1988. Respecto a la misma, véase LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985, pp. 196 y ss.

⁹⁹ Durante el régimen dictatorial de Franco, la legislación contrterrorista se aglutinó, básicamente, en algunos artículos del Código penal de 1973 (Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publicó el CP, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, en adelante ACP): los artículos 57 bis) apartados a) y b) ACP donde, respectivamente, se contenían agravantes genéricas y específicas, y 174 bis) a) y b) ACP, que preveía diversos delitos de colaboración con banda armada.

¹⁰⁰ Con la entrada en vigor del llamado «Código penal de la democracia» la legislación antiterrorista hasta entonces en vigor, experimentó una ampliación, de modo que los precep-

la idea de que esta normativa tenía el carácter de una legislación de *emergencia*. Sin embargo, con las reformas llevadas a cabo en materia de delitos de terrorismo a partir de la LO 7/2000, de 22 de diciembre¹⁰¹ se introdujeron nuevas medidas dirigidas al terrorismo procedente de ETA si bien la banda ya había comenzado su declive como organización. Así, se tipificó de forma autónoma la apología de terrorismo (art. 578 CP)¹⁰², previendo además la LO 5/2010, de 22 de junio, la libertad vigilada¹⁰³ para estos delitos y castigándose específicas conductas de captación y adoctrinamiento o formación (art. 576.3 PC)¹⁰⁴. A pesar de que nuestro ordenamiento ya contaba con aquel arsenal contraterrorista, las últimas reformas penales, operadas por LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigor desde el 1 de junio de 2015) y en especial por LO 2/2015, de 30 de marzo, han venido a acumular aún más medidas excepcionales en el Código penal español¹⁰⁵. En efecto, la tendencia a un rearme punitivo excepcional en materia de terrorismo se agudizó a raíz de la reforma penal de 2015, a través de dos leyes orgánicas (1 y 2/2015, de 30 de marzo) que, en esencia, ha comportado aún más si cabe, una ampliación

tos llamados a regular los delitos de terrorismo, se previeron en la Sección II, Capítulo IV, del Título XXII, denominada «De los delitos de terrorismo», donde, inicialmente, se prevenían los arts. 571 a 590 CP. Entre las figuras allí previstas, destacaban las de pertenencia o colaboración con banda armada con realización de diversos delitos (art. 571, 572 CP), incluido el depósito de armas o municiones (art. 573 CP). También se previó una cláusula residual genérica dirigida a quienes pertenecían o colaboraban con banda armada y realizaban «... cualquiera otra infracción...» (art. 574 CP). Además se prevenía una circunstancia agravante específica para casos de «...allegar fondos a las bandas armadas...» o con el fin de favorecer sus propósitos, cometieran delitos contra el patrimonio (art. 575 CP). Asimismo, se previó un delito de colaboración por cualquier otro medio con las actividades o finalidades de la banda armada (art. 576 CP) y para casos de un terrorista aislado o individual, es decir, no perteneciente a una banda armada, también se contenía un tipo agravado con respecto al concreto delito común cometido (art. 577 CP). Se castigaron los actos preparatorios de estos delitos (art. 578 CP) y se previó una medida premial atenuatoria de la responsabilidad penal, para casos de abandono voluntario y confesión de las actividades terroristas, con colaboración eficaz con la justicia (art. 579 CP), así como, por último, se admitió equiparar las condenas de los jueces extranjeros en casos de grupos terroristas, a las sentencias de jueces españoles, a los efectos de aplicar la agravante de reincidencia (art. 580 CP).

¹⁰¹ Básicamente se introdujo el delito de exaltación o enaltecimiento del terrorismo en el art. 578 CP y se modificó el ya vigente art. 577 CP.

¹⁰² Véase CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 2008, Madrid, pp. 160 y ss.

¹⁰³ Esta reforma amplió diversos delitos del terrorismo, en especial los referidos a la financiación del terrorismo, introduciendo, entre otros, los delitos del art. 576 bis) CP 1 y 2, y previendo en aquel precepto la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos allí previstos. Además agravó las penas, previendo específicamente la medida de libertad vigilada para los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos de terrorismo.

¹⁰⁴ Véase CANCIO MELIÁ, M., «The reform of Spain's antiterrorist criminal law and the 2008 Framework Decision» en *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?* (ed. F. Galli/A. Weyembergh), 2012, Brussels, pp. 111 y 112.

¹⁰⁵ Véase *Una propuesta de renovación de la política criminal sobre terrorismo*. Grupo de Estudios de Política Criminal, n.º 14-2013, pp.10 y ss.

de modalidades delictivas, junto a un aumento de los fines con los que ahora se puede caracterizar a una organización como terrorista. Bajo la reforma acometida por LO 1/2015, de 30 de marzo una de las principales novedades es la previsión de la *prisión permanente revisable* en el art. 33.2 CP con especial incidencia para determinados delitos de terrorismo. A tenor del art. 92.1 y 2, las condenas por delitos de terrorismo serán revisadas, tras el cumplimiento de 25 a 35 años, junto con otros requisitos de compleja demostración. Además, conforme al actual art. 92 CP apartado 2.º, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable exigirá, los requisitos generales y, adicionalmente, «... que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades...». Como se ha podido criticar, resulta cuanto menos contradictorio que esta pena se introduzca en el año 2015, cuando la lacra terrorista sufrida en nuestro país durante más tiempo —la de la banda terrorista ETA— ya estaba derrotada y no parecía necesario acudir a una pena de tan dudosa constitucionalidad¹⁰⁶. Parece por tanto, que su previsión haya podido ser una medida simbólica para expresar firmeza ante el terrorismo o bien, un cauce con el que tratar de atajar con la otra clase de amenaza terrorista de índole internacional y de raíz yihadista que, en tiempos recientes, ha irrumpido en nuestro país. En efecto, la reacción frente a esta clase de terrorismo podría estar en la base de la previsión, si bien es cuestionable que semejante pena pueda desplegar efectos preventivo-generales frente a quienes están dispuestos a perpetrar atentados suicidándose.

No obstante, si alguna norma está directamente relacionada con el propósito de combatir el terrorismo que se expande en el ámbito internacional con origen en el yihadismo, esa es la LO 2/2015, de 30 de marzo, que puede considerarse el principal exponente en nuestro país, de *ley contrterrorista* aprobada para contrarrestar aquel fenómeno en su dimensión globalizada. Con esta ley, que reforma la mayor parte del Capítulo VII del título XXII del Código Penal¹⁰⁷, se abre una línea de medidas antiterroristas dirigidas a un fenómeno muy diverso al terrorismo clásico en nuestro país¹⁰⁸. Por

¹⁰⁶ Véase CARBONELL MATEU, J.C., «Prisión permanente revisable I» en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./coords. GÓRRIZ ROYO, E./MATALLÍN EVANGELIO, A.) 2.ª ed., Valencia, 2015, pp. 213 y 214.

¹⁰⁷ El actual Capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se divide en dos secciones y comprende los artículos 571 a 580. La sección 1.ª lleva por rúbrica «De las organizaciones y grupos terroristas» se mantiene en la misma línea de la regulación hasta 2015 vigente, estableciendo la definición de organización o grupo terrorista y la pena que corresponde a quienes promueven, constituyen, organizan o dirigen estos grupos o a quienes se integran en ellos. La sección 2 lleva por rúbrica «De los delitos de terrorismo» y es la que ha conocido mayores reformas en sus arts. 573 (nueva definición de delito de terrorismo) hasta el ya existente art. 580.

¹⁰⁸ Véase CANO PAÑOS, M.A., «La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015: cinco cuestiones fundamentales», en *Revista General de Derecho Penal, Iustel*, 2015, n.º 23, pp. 1 y ss.

ello responde —según la propia Exposición de Motivos— a compromisos adoptados por nuestro país con organismos internacionales e incorpora, básicamente una nueva definición del delito terrorista (art. 573 CP)¹⁰⁹, donde se añaden nuevos fines que justifican su castigo como, entre otros, *desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional, provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella* (art. 573 CP apartados 3º y 4º)¹¹⁰. A la vista de los mismos fines, se hace evidente la ampliación del ámbito típico que estos delitos han experimentado, lo que incluso se establece en relación con algunos delitos informáticos (arts. 197 bis y 197 ter, 264 a 264 *quater*), que serán CP, pues si en ellos concurre alguna de las finalidades referidas, serán considerados *delitos de terrorismo* (art. 573.2 CP). Al propio tiempo, no puede ignorarse una agravación de las penas, al establecerse ahora la que corresponde a cada delito de terrorismo, partiendo de que si se causa la muerte de una persona se aplicará la pena de prisión por el tiempo máximo previsto en el Código Penal (*vid.* nuevo art. 573 bis) CP). Las citadas finalidades también sirven para introducir nuevas penas agravadas si se verifican en relación con el depósito de armas o tenencia de explosivos o su fabricación (art. 574 CP). Y en especial cobran inusitada relevancia las *conductas de adoctrinamiento* de modo que se adelanta de nuevo la línea de intervención penal, al castigar ahora a quien, a fin de capacitarse para cometer delitos terroristas, *recibe adiestramiento militar o de combate o en el manejo de toda clase de armas (químicas o biológicas) y en la elaboración de sustancias o aparatos explosivos (o adiestramiento pasivo; art. 575.1 CP), castigando además en el art. 575.2 CP, a quien, con igual fin, lleva a cabo por sí mismo aquel adiestramiento (autoadoctrinamiento o «autocaptación»), con especial mención de la conducta de quien accede a contenidos alojados en Internet o servicios de comunicación accesibles al público. Este tipo penal manifiesta, en efecto, una exigua capacidad lesiva y suscita múltiples dudas de constitucionalidad¹¹¹, por lo que, para ser aplicado sin vulnerar la presunción de inocencia, cuanto menos, habrá que determinar de manera más precisa la *habitualidad* que allí se exige y habrá que demostrar más allá de toda duda razonable que con ello *se incita* a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines (art. 575.2 CP). Como es evidente, estas conductas de autoadiestramiento constituyen, en realidad, delitos*

¹⁰⁹ Ha de destacarse que, conforme al art. 573.1 CP, los delitos terroristas han de tener la consideración de delito *grave*, y por tanto castigado con pena superior a 5 años de prisión o prisión permanente revisable o alguna de las penas previstas en el art. 33.2 CP. Véase GARCÍA RIVAS, N., «Legislación penal española y delito de terrorismo» en *Terrorismo y contraterrorismo...* Op. cit., p. 92.

¹¹⁰ Esta definición de terrorismo se basa en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008.

¹¹¹ Véase FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., en «Concepto de radicalización. Consecuencias de su uso en el ámbito jurídico penal» en *Menores y redes sociales...* Op. cit., p. 530.

de sospecha¹¹², y son, en puridad, *conductas preparatorias* de la realización de un delito¹¹³, por todo lo cual la intervención penal entra en pugna con la presunción de inocencia, toda vez que colisiona con diversos derechos fundamentales, entre otros, libertad ideológica y de expresión. También se pretende dar respuesta con un nuevo delito —y según la Exposición de Motivos de la ley de reforma— al fenómeno de los *combatientes terroristas extranjeros*, y a tal efecto se castiga a quien, con aquellos fines de capacitarse para cometer delitos terroristas o para colaborar con una organización terrorista, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista (art. 575.3 CP). También se advierte un aumento de los ilícitos referidos a actos de *colaboración* que no solo se castigarán si se prestan respecto a la organización o grupo terrorista, sino también a personas que cometan actos con finalidad terrorista (art. 577 CP). Se tipifican, en realidad, conductas de instigación indirecta, al castigar a quienes lleven a cabo conductas de captación o adiestramiento que inciten a incorporarse a una organización terrorista, toda vez que destaca la agravación prevista para casos en que aquellos actos se dirijan a menores de edad, personas discapacitadas o mujeres víctimas de trata a fin de convertirlas en cónyuges o esclavas sexuales de los autores del delito (art. 577.2 CP). Una última novedad va referida al ya de por sí polémico delito de *enaltecimiento y humillación a las víctimas de los delitos de terrorismo* (art. 578 CP) cuya previsión típica antes de la reforma ya acarreaba múltiples objeciones en tanto puede servir, en realidad, de subterfugio para criminalizar *delitos de opinión* o de discrepancia política e ideológica¹¹⁴, con la consabida vulneración de derechos fundamentales. No en vano, este grupo de delitos ha sido denominado, de «propaganda, apología débiles y delitos de expresión» pues, en general, plantean tantas fricciones con derechos fundamentales que puede decirse que son un exponente claro del nuevo derecho penal de autor en este ámbito¹¹⁵. A pesar de ello, la reforma penal de 2015, endurece las penas de este delito si el enaltecimiento o la humillación se llevan a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles a través de medios de comunicación, Internet o el uso de TIC (art. 578.2 CP). También podrá agravarse la pena, si se prueba el poroso elemento típico referido a que aquellos hechos resulten «idóneos» para *alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella* (art. 578.3 CP). Con esta cláusula indeterminada se desplaza al juez la decisión de concretar elementos típicos pen-

¹¹² Véase GARCÍA RIVAS, N., «Legislación penal española y delito de terrorismo...» Op. cit., p. 98.

¹¹³ Véase CUERDA ARNAU, M.L., «La radicalización terrorista de menores...» Op. cit., p. 487.

¹¹⁴ Véase MIRA BENAVENT, J., «Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas de terrorismo» en *Terrorismo y contraterrorismo...*. Op. cit., pp.106 y ss.

¹¹⁵ Véase CUERDA ARNAU, M.L., «La radicalización terrorista de menores...» Op. cit., pp. 489 a 492.

diente de valoración y de contornos moralizantes (como la referencia a la «inseguridad social»), cuya prueba se revela compleja, por todo lo cual su previsión resulta muy criticable¹¹⁶. Además, el juez también podrá imponer en estos casos, nuevas medidas cautelares como la destrucción, borrado o inutilización de libros o cualquier otro soporte usado para cometer el delito y si se hubiese hecho uso de Internet o comunicaciones electrónicas, podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos y dirigir otras órdenes a los prestadores de servicios (art. 578. 4 CP)¹¹⁷.

Como se hace evidente a la luz de estas nuevas medidas penales, las dos grandes vías por las que apuesta el legislador penal para contener en nuestro país el avance del terrorismo de raíz yihadista, son la *criminalización del uso de nuevas tecnologías, internet o de servicios de comunicación electrónica accesibles al público*, con la finalidad de preparar, colaborar o realizar actos terroristas. Y, de otro lado, se adelanta la línea de intervención penal hasta alcanzar casos de *adoctrinamiento propio y pasivo*, toda vez que se trata de prevenir la movilización de los combatientes terroristas extranjeros. Podría decirse, por tanto, que la reforma penal pone más el acento en la *prevención* de este terrorismo que solo en su represión, si bien es más que dudoso que las medidas penales previstas vayan a lograr los objetivos que se espera de ellas pues, por ejemplo, el fenómeno de los combatientes extranjeros está, en realidad, más conectado con la problemática de las migraciones y con los conflictos bélicos en terceros países, que con un conflicto doméstico al que la legislación penal de nuestro país pueda hacer frente. Como se deriva del postulado de «*última ratio*» tampoco en esta materia la intervención penal en primera instancia, va a ser la solución de un problema tan necesitado de recursos sociales y económicos.

A pesar de todo ello el legislador, ha apostado en primer término por endurecer la respuesta penal para afrontar el conflicto terroristas, tendencia legal que además también se ha dejado sentir en *materia penitenciaria* donde la legislación resulta, asimismo, muy rigurosa¹¹⁸. Y ello de un lado, porque las últi-

¹¹⁶ Véase GARCÍA RIVAS, N., quien demanda la derogación inmediata de aquella cláusula, en «Legislación penal y delito de terrorismo...». Op. cit., p. 100. Véase MIRA BENAVENT, J., quien aboga por la derogación del art. 578 CP en «Algunas consideraciones político-criminales». Op. cit., p. 112.

¹¹⁷ Por último, con respecto al art. 579 CP constituye, en líneas generales, *una ampliación de las conductas sancionables* a supuestos de difusión pública de mensajes o consignas con el fin de incitar de forma idónea —pero sin que pueda ser de modo directo— a la comisión de alguno de los delitos previstos. Respecto a este delito y las dudas de constitucionalidad que plantea desde la perspectiva del art. 16.1 CE, véase las acertadas objeciones de FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., en «Concepto de radicalización. Consecuencias de su uso en el ámbito jurídico penal» en *Menores y redes sociales...* Op. cit., pp. 530 a 532.

¹¹⁸ En especial con relación a la banda terrorista ETA y su entorno, la ejecución de las penas se mantiene vinculada a la «política de dispersión carcelaria» en materia de terrorismo, por la que se procura el mantenimiento de los presos de ETA en centros penales de condena alejados de sus domicilios. No se permite a los presos que reduzcan su condena,

mas reformas penales han ido introduciendo previsiones legales que afectan exclusivamente a los delitos de terrorismo y ponen en juego el principio de igualdad durante el cumplimiento de las penas, como exigencia derivada del tratamiento penitenciario e individualización científica de la pena en el momento de su ejecución (art. 25.2 CE). A tal efecto, considérense entre otras medidas que solo se proyectan sobre delitos de terrorismo, el límite máximo de cumplimiento absoluto de cuarenta años (art. 76.1.d) CP), la imposición forzosa del denominado «periodo de seguridad» (art. 36.2 d) CP), las exigencias-obligaciones específicas para acceder al tercer grado y a la libertad condicional (arts. 72.6 LOGP y 90.8 CP) o, la imposibilidad de beneficiarse del adelanto de la suspensión de la ejecución del resto de la pena (arts. 90.2 y 3 CP). Sin olvidar que, como ya se adelantó, la previsión desde 2015 de la pena de prisión permanente revisable introduce, para los delitos de terrorismos, determinados periodos mínimos de cumplimiento que son superiores al de los delitos comunes, a fin de acceder a permisos de salida, el tercer grado o la libertad condicional. Todo ello evidencia, en este ámbito, una postergación del ideal resocializador e incluso, una instrumentalización de los condenados por estos delitos, con el fin quizás de avivar el reproche social y su desocialización¹¹⁹.

En conclusión, a la vista de esta trayectoria de la legislación penal española, surge la duda de si puede afirmarse que, *de facto*, nuestro sistema penal cuenta con un *Derecho penal de emergencia contraterrorista*. Puede responderse a ello afirmativamente no solo por la previsión, a raíz de las últimas reformas citadas y por primera vez en la historia de nuestra democracia, de la cadena perpetua encubierta o pena de prisión permanente revisable, sino también porque en la actualidad aquella legislación penal contraterrorista es cuantitativamente abundante y materialmente muy severa, al nutrirse de delitos y penas procedentes de dos tendencias legislativas que, históricamente, han tratado de hacer frente a dos fenómenos terroristas de perfiles muy diversos: de un lado, las medidas penales dirigidas a afrontar el terrorismo de ETA y su entorno —pese a que esta organización ya comunicó en 2005 que cesaba «...definitivamente en la lucha armada»—; de otro, las últimas previsiones penales, más específicamente dirigidas a conjurar la amenaza global del terrorismo yihadista¹²⁰. La actual legislación penal aúna aquellas dos normativas antiterroristas de orígenes y fundamentos muy distintos, como se ha podido analizar. Pero en todo caso, la conjunción de aquellas dos corrientes

si bien se contemplan algunos privilegios para quienes se acojan a la llamada «vía Nanclares» o «Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la ley». En esencia, se trata de un proyecto de reinserción de aquellos presos etarras que hayan decidido dar una serie de pasos inequívocos hacia el final de la violencia. Véase DÍAZ GÓMEZ, A., «Líneas político-criminales de la ejecución de personas condenadas por delitos de terrorismo» en *Terrorismo y contraterrorismo...2016*, Op. cit., pp.219 y ss.

¹¹⁹ Véase DÍAZ GÓMEZ, A., «Líneas político-criminales». Op. cit., p. 222.

¹²⁰ Véase GIL GIL, A., «La expansión de los delitos de terrorismo en España a través del delito de pertenencia a organización terrorista» en *Terrorismo y Derecho penal* (eds. AMBOS, K./MALARINO, E./STEINER, C.), Berlín, 2015, p. 334.

ha contribuido al aumento exponencial en materia de delitos, penas y otras medidas penales dirigidas a conminar la actividad terrorista, lo que ha configurado, en la actualidad, una legislación penal muy severa en cuanto a las penas a imponer por delitos terroristas, adelantando la intervención penal a múltiples actos preparatorios, cuando no de colaboración en sentido muy amplio. A todo lo anterior se une el que, en las últimas reformas, se ha previsto novedosamente delitos tan criticables como el de autoadoctrinamiento o enaltecimiento idóneo para crear un sentimiento de inseguridad o temor social, o incluso el complejo castigo de conductas de regreso de combatientes con fines terroristas. Parece evidente que, estos delitos, van a producir fricciones no solo con el derecho fundamental a la libertad de movimientos sino también con libertades tales como la de expresión, la libertad ideológica y el derecho fundamental a la presunción de inocencia, entre otros.

Todo ello ha hecho que, a lo largo del tiempo, las medidas penales excepcionales en materia terrorista hayan ido recortando el derecho a la libertad sin atenerse a las garantías constitucionales que rigen en materia de delincuencia común. Ello evidencia, la creación sin tapujos de un *Derecho penal de autor*, que se orienta hacia el castigo de ciertas formas de vida y, concretamente, tiene en la figura del «terrorista» el paradigma del «enemigo», cuyo castigo, a modo de chivo expiatorio, parece justificar cualquier quiebra de los derechos y libertades que, desde una concepción liberal, eran límites tradicionales al Derecho penal. Podrá cuestionarse que el fenómeno del terrorismo justifique todo lo anterior, pero de lo que no cabe duda es de que la devaluación de aquellas garantías acaba por afectarnos a la postre, a todos y no solo a los que, teóricamente, parecen dirigirse.

Alemania

Ha de destacarse, en primer lugar, la evidente influencia que la legislación penal de este país ejerce en los sistemas penales de otros países europeos como España o Italia. Como no podía ser de otra forma, dicha influencia también se deja sentir en materia terrorista, si bien la evolución que las leyes antiterroristas ha experimentado en Alemania, tiene unas connotaciones propias que son difícilmente trasladables a otros ordenamientos jurídicos. Ante todo porque, siguiendo la tendencia apuntada de las leyes antiterroristas tomando como referencia el 11M, se suele apuntar a una primera hornada de leyes antiterroristas promulgadas en dicho país con anterioridad a dicho suceso terrorista. Muy brevemente, entre los años 70 y 80 del siglo xx, la legislación contraterrorista alemana se centró en combatir, principalmente, el terrorismo «doméstico» de extrema izquierda (vinculado a la RAF o *Rote Armee Fraktion*)¹²¹, promulgando a tal efecto, concretas leyes antiterroristas (en 1976 y 1986) y

¹²¹ Véase CANO PAÑOS, M.A., «Los inicios de la lucha anti-terrorista en Alemania. Análisis de la legislación penal y procesal en la década de 1970-1980». en *Revistas Electrónica de Derecho penal y criminología*, 2008, p. 14: 3

una serie de reformas¹²² que, ante todo, endurecieron la respuesta penal a través del StGB (Código penal alemán), frente a la constitución de organizaciones terroristas, y condicionaron las garantías del imputado y de su abogado defensor, a través de reformas en el StPO (Código procesal penal)¹²³. Como se evidencia, en esta primera etapa el legislador penal alemán de los sucesivos gobiernos, tampoco optó —como el español— por promulgar *normas penales especiales* al margen del Código penal, básicamente por dos motivos: de un lado, para evitar otorgar a la delincuencia terrorista un perfil cualitativo distinto al de la delincuencia común y, de otro, para no otorgar concesiones a los propios terroristas, confiriéndoles un *status* especial frente al Estado¹²⁴. Lo anterior no obsta a considerar que, *de facto*, dicha legislación tuviera *carácter de excepcional* frente a la legislación penal común. Dicho rasgo se acentuó sobremanera en la legislación penal posterior al atentado terrorista del 11S, que tuvo especial incidencia en Alemania habida cuenta de la constatada vinculación de sus organizadores con la llamada «célula de Hamburgo». Este dato y posteriores actos terroristas intentados o consumados¹²⁵, hicieron que el legislador penal alemán implementara una serie de medidas con las que paliar las limitaciones de la legislación antiterrorista anterior y reforzar la seguridad interior. A tal efecto, se adoptaron dos principales paquetes de medidas no solo legislativas, sino también de índole judicial y ejecutiva. Cen-

¹²² Véase SCHULTE, P.H., *Terrorismus und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung. Eine rechtssoziologische Analyse*, Münster, 2008, pp. 119 y ss.

¹²³ Entre otras destacan la *Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO, des GVG, der BRAO und des StVollzG vom 18. August 1976*, BGBl. I, p. 2181, así como la ley denominada: «*Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus*» vom 19. Dezember 1986, BGBl. I, p. 2566. Entre otras reformas en la materia también destaca la «*Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO, des VerG und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten*» vom 9. Juni 1989, BGBl. I, p. 1059. Una de las más importantes medidas penales derivadas de Ley Anti-terrorista de 1976 fue la introducción del art. 129 a) StGB, precepto dirigido a conminar la «constitución de grupos terroristas». Dicha norma contenía un tipo agravado con respecto al tipo básico del art. 129 StGB referido a la constitución de organizaciones de carácter criminal. Ambas normas fueron piezas claves en la persecución de grupos terroristas y también han servido de importantes instrumentos legales contra la amenaza terrorista de corte yihadista.

¹²⁴ Véase la explicación ofrecida en este sentido por el ministro de Justicia (Hans-Jochan Vogel) entre los años 1974 y 1981 y recogida por CANO PAÑOS, M.A., en «Los inicios de la lucha anti-terrorista en Alemania». Op. cit., p. 14: 4.

¹²⁵ Entre otros sucesos en abril y septiembre de 2011 la policía alemana arrestó a dos grupos terroristas en Düsseldorf y Berlín que preparaban atentados terroristas. Hasta 2012, se estimaba que habían más de 100 potenciales terroristas (Gefährder) en suelo alemán que habían frecuentado campamentos terroristas en el extranjero. Véase BÖSE, M., «The impact of the Framework Decisions on combating terrorism on counterterrorism legislation and case law in Germany», en *EU counter-terrorism offences...* Op. cit., p. 66. De hecho, en este país se han dejado sentir posteriores actos terroristas hasta el último de ellos en el mercadillo de Navidad de Berlín, en 2016, que se saldó con 12 muertos y 48 heridos.

trándonos en las primeras de ellas¹²⁶, en materia penal, en menos de un año desde aquel atentado se introdujo por vía de la reforma de 2002¹²⁷, un nuevo delito (art. 129b) StGB) dirigido a castigar la constitución de grupos terroristas en el extranjero¹²⁸. Con esta importante medida se amplió la jurisdicción penal alemana para castigar por delito de pertenencia a grupos terroristas que no tenían una base formal en Alemania. El segundo paquete de medidas sí aparece como una respuesta clara al terrorismo del siglo XXI, pues se aprobó en noviembre de 2001 y entró en vigor en enero de 2002, aglutinándose en torno a la llamada *Ley contraterrorista de 9 de enero de 2002 (Terrorismusbekämpfungsgesetz* —en adelante—, TBG¹²⁹). De una visión de conjunto puede decirse que estas medidas supusieron un intento de reforzar la función de las fuerzas de seguridad en la prevención de actividades terroristas, de modo que se dirigían a mejorar la prevención y no tanto la represión de actos terroristas¹³⁰. Pese a que no puede pasarse por alto el efecto referido a ampliar considerablemente los poderes de la policía y las fuerzas de seguridad¹³¹ y a restringir

¹²⁶ Interesa al menos mencionar, como medida legislativa de este primer paquete, la abolición del llamado «privilegio religioso» en la Ley alemana de Asociaciones a través de la «*Erstes Gesetz zur Veränderung des Vereinsgesetzes*» vom 4. Dezember 2001 (BGBl. I, p. 3319) que entró en vigor el mismo año del atentado del 11M, esto es, el 8 de diciembre de 2001.

¹²⁷ Bien es cierto que esta reforma también respondía a compromisos adquiridos previamente como a la iniciativa de la UE para combatir el terrorismo transnacional (1998).

¹²⁸ Véase *Vierunddreissigstes Strafrechtsänderungsgesetz - 129 StGB* (34. StrÄndG) vom 22. August 2002 (BGBl. I, p. 3390). Esta reforma entró en vigor el 30 de agosto de 2002. Básicamente el art. 129b) StGB expande el ámbito de aplicación de los delitos previstos en los arts. 129 y 129a) StGB a organizaciones criminales y terroristas con base en el extranjero, bien en relación con delitos referidos a una asociación constituida dentro de la UE, bien a una organización de fuera de este ámbito europeo.

¹²⁹ Véase BGBl. I, pp. 361 y ss.

¹³⁰ Véase ZHOU, Z., *Balancing Security and Liberty. Counter-Terrorism Legislation in Germany and China*, Berlin, Max-Planck-Institut Freiburg i.Br., 2014, p. 30.

¹³¹ A través de la Ley antiterrorista de 2002 (TBG), se ampliaron las facultades de organismos como la Oficina Federal para la Defensa de la Constitución (*Bundesamt für Verfassungsschutz* o *BfV*), el Servicio de Contrainteligencia militar (*Militärischer Abschirmdienst* o *MAD*), el Servicio Federal de Inteligencia (*Bundesnachrichtendienst* o *BND*), la oficina Federal de policía criminal (*Bundeskriminalamt* o *BKA*) y la Policía Federal de Fronteras (*Bundesgrenzschutz* o *BGS*). Vid. ZHOU, Z., *Balancing Security and Liberty...* Op. cit., pp. 43 y ss. En líneas generales, la ampliación de facultades de aquellos cuerpos de seguridad, se tradujo en mayor capacidad para prohibir la entrada y residencia en Alemania de cualquier persona que participe o contribuya a la realización de actos de terrorismo. A lo anterior se une que, en materia de obtención de información, la Oficina Federal para la Defensa de la Constitución puede solicitar información a los institutos de crédito y entidades financieras, compañías aéreas y sociedades de telecomunicación. Asimismo, las sociedades que suministren servicios de telecomunicaciones tienen la obligación de dar información sobre los datos relativos a la utilización de dichos servicios al Servicio de Contrainteligencia Militar. Por último, el Servicio Federal de Inteligencia puede obtener información sobre las transacciones monetarias e inversiones en institutos de créditos y entidades bancarias, así como sobre la relación de cuentas corrientes, de los titulares de las mismas y demás personas autorizadas.

diversas garantías procesales, nos centraremos en resumir brevemente las medidas penales que definen la legislación alemana contraterrorista: por un lado, se previeron delitos dirigidos a suprimir la financiación terrorista (art. 129a StGB), así como a prevenir y combatir el lavado de dinero (art. 261 StGB). Por otro lado, a través de una nueva ley de reforma penal, adoptada el 30 de junio de 2009, se introdujeron medidas específicas para adelantar considerablemente la intervención penal a estados previos a la tentativa¹³² (*Ley para la persecución de la preparación de delitos graves de violencia poniendo en peligro al Estado*). Con este fin, se tipificaron diversos actos preparatorios de terrorismo, relativos, entre otros, a la preparación de graves actos violentos (art. 89a StGB), involucrarse en la comisión de graves actos de violencia (art. 89b StGB), o exaltar la comisión de actos violentos graves (art. 91 StGB), siempre que todos ellos pongan en peligro al Estado. A todo lo anterior hay que añadir que con respecto a las penas por terrorismo, el sistema penal alemán prevé la cadena perpetua para casos como asesinato, terrorismo o genocidio, revisable a los 15 años de prisión. Para evitar que los condenados por delitos graves puedan gozar de beneficios penitenciarios y salir antes de la cárcel, la regulación penal prevé un régimen especial de *confinamiento permanente* en caso de que se considere que el reo constituye un peligro para la sociedad.

Para concluir con esta aproximación al ordenamiento penal alemán en materia de terrorismo, conviene constatar que ha experimentado un evidente rearme a través de las citadas reformas de 2002/2003 y de 2009. Tanto es así que, en ocasiones, no ha sido necesario adaptar la legislación penal alemana a las demandas de armonización de la UE en materia terrorista, pues las medidas penales vigentes en aquel país, ya cumplían y superaban algunas de las recomendaciones europeas¹³³. Lo anterior, ratifica la idea de que progresivamente la ley penal alemana contraterrorista se han ido insertando en la tendencia a un Derecho penal de enemigo, si adoptamos determinados parámetros doctrinales para analizarlo¹³⁴. Y ello porque básicamente se han adoptado tres clases de medidas que afectan a Derechos humanos: de un lado, claramente, el adelantamiento de la intervención penal en materia de terrorismo, a través del castigo de actos preparatorios; en segundo lugar, se han ampliado claramente los poderes de policía y, en tercer lugar se han restringido las garantías procesales.

¹³² Véase *Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* (GVVG) de 30 de julio de 2009 (BGBl, I pp. 2437 y ss.)

¹³³ Entre otras razones por ello apenas se traspuso en Alemania, la Decisión Marco de 2008 (*Framework Decision 2008/919/JHA of 28 November 2008 amending Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism*, UJ, n° L330, 9 December, 2008). Véase BÖSE, M., «The impact of the Framework Decisions on combating terrorism on counterterrorism legislation and case law in Germany» en *EU counter-terrorism offences...* Op. cit., pp.66 y ss.

¹³⁴ Véase ZAFFARONI, E.R., «El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento» en *Terrorismo y Estado de Derecho* (dirs. SERRANO-PIEDRECASAS/DEMETRIO CRESPO), Madrid, pp. 360 y ss.

En la línea de los ordenamientos jurídicos de los dos anteriores países, la legislación penal italiana contraterrorista ha ido evolucionado desde las previsiones dirigidas a combatir el terrorismo doméstico entre los años 60 y 80 del siglo xx, hasta la legislación penal posterior al 11S. Centrándonos brevemente en esta última legislación antiterrorista, conviene destacar su inicio con la Ley 438/2001¹³⁵, con la que se reformó el art. 270 *bis* del Código penal italiano (CPI). Con ello, en esencia, se previó un nuevo tipo de «terrorismo internacional» y se tipificó *ex novo* la categoría de «asociación para el propósito de cometer terrorismo internacional». Esta primera ley de reforma inspiró las líneas de política criminal de otra Ley de reforma, en materia terrorista, la n.º 155/2005¹³⁶, que introdujo un nuevo artículo en el CPI con el que definió, por primera vez, en el ordenamiento penal italiano, el *terrorismo* y *actos terroristas* (art. 270 *sexies* CP). A esta medida le siguieron otras previsiones legales que, en paralelo a lo que ha sucedido en otros países, han tenido entre otros controvertidos efectos, adelantar la intervención penal a actos preparatorios y tentativas de delitos (art. 270 *bis* CPI), ampliar las conductas de colaboración con actividades terroristas (art. 270 *ter* CPI) y castigar expresamente el reclutamiento (art. 270 *quater* CPI) y entrenamiento de individuos para actividades terroristas (art. 270 *quinqüies* CPI). Con respecto a estos últimos delitos, la doctrina penal ha manifestado sus dudas de compatibilidad con los derechos de asociación conforme al art. 11 CEDH, toda vez que, pese a no preverse un delito de apología de terrorismo, se pone de manifiesto que por vía de una circunstancia agravante específica introducida en 2005, el juez pueda llegar a castigar más gravemente las conductas de incitación a cometer delitos terroristas¹³⁷. Con posterioridad a estas reformas, el ordenamiento penal italiano se ha visto engrosado con nuevas medidas antiterroristas —sobre todo motivadas por execrables atentados como el de Charlie Hebdo en Francia— de modo que, a partir de la Ley n.º 43/2015¹³⁸, se cuenta con un mayor número de medidas «*ante delictum*» contra el terrorismo internacional, no solo de carácter penal sino también procesal y penitenciario. Entre las primeras, cabe destacar la previsión de nuevas infracciones que castigan a quienes incumplan las obligaciones y restricciones en materia de uso de precursores de explosivos o la omisión de denunciar el hurto o la desaparición de aquel

¹³⁵ La Ley 438/2001, lleva por título: *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2001, n.º 374, recante disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale.*

¹³⁶ La Ley 155/2005, 31 de julio de 2005 («*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 luglio 2005, n.º 144, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*»). En esta ley de reforma tuvo una importante influencia la Decisión Marco de la UE, 2002/475/JHA *on combating terrorism*.

¹³⁷ Véase GALLI, F., «Italian counter-terrorism legislation. The development of a parallel track («doppio binario»)» en *EU counter-terrorism offences...* Op. cit., pp. 92 y 93.

¹³⁸ Véase Legge 17 Aprile 2015, n.º 43 (aprobado a partir del D.L. de 18 de febrero de 2015, n.º 7).

material (arts. 678 bis) y 679 bis) CPI)¹³⁹. Pero sobre todo aquella ley redefine alguno de los tipos penales existentes en materia de terrorismo (arts. 270 *quater* y 270 *quinquies* CPI), a fin de castigar —en términos parecidos al caso español— conductas de *reclutamiento* y *autoadoctrinamiento*, así como a quienes organicen, financien o den publicidad a viajes al extranjero para adiestrarse a fin de cometer delitos terroristas. Se amplían además, los fines con los que definir a una organización como terrorista, añadiendo conductas que puedan causar un grave daño a otros Estados o a una organización internacional. De nuevo, cabe observar que también en la legislación penal italiana se ha adelantado la intervención penal a actos preparatorios que, en algunos casos, van teóricamente dirigidos a perseguir el fenómeno de los «*foreign fighters*» si bien, plantean —como en el caso de nuestro ordenamiento penal— numerosos problemas de constitucionalidad por posible vulneración de las garantías penales como la presunción de inocencia y otros derechos fundamentales¹⁴⁰. No es de extrañar que, por ello, la doctrina penal italiana también critique esta nueva legislación penal como un claro exponente en aquel país del *Derecho penal del enemigo*¹⁴¹.

Y es que, en efecto, como se observa al analizar los ordenamientos jurídicos de estos tres países europeos, la tendencia mayoritaria es asumir una política criminal excluyente que trata de delimitar, en las legislaciones positivas, la figura del terrorista como un enemigo de la comunidad internacional, si bien en los últimos tiempos la persecución penal se articula a través de medidas, más bien *pre-delictuales* —como se observa con el castigo ampliado de multitud de actos preparatorios— y limitativas de derechos fundamentales, en especial, de la libertad de expresión y de la presunción de inocencia.

Los ordenamientos penales de países como Reino Unido y Francia, tampoco son ajenos a esta tendencia legislativa contraterrorista *post 11S*, ante todo porque, bien sea, al asumir recomendaciones de la UE, bien al aplicar las propuestas de la Resolución n.º 2178/ 2014, de la ONU, las previsiones penales adoptadas en aquellos países resultan parangonables a las ya analizadas. El caso de la *legislación penal francesa* es un claro ejemplo de normativa cuyas medidas penales antiterroristas han ido en aumento¹⁴², en la línea de las de otros países ya comentadas, si bien, en tiempos recientes, han

¹³⁹ Véase NAZZARO, U., *Il Diritto penale del nemico tra delitto di associazione politica e misure di contrasto al terrorismo internazionale...* Op. cit., pp. 178 y 179 CP.

¹⁴⁰ Véase NAZZARO, U., *Il Diritto penale del nemico tra delitto di associazione politica e misure di contrasto al terrorismo internazionale...* Op. cit., pp. 201 y ss.

¹⁴¹ Véase DONINI, M., «Diritto penales di lotta v. diritto penale del nemico» en *Delitto politico e diritto penale del nemico...* Op. cit., pp. 131 y ss.; FIANDACA, G., «Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere» en *Delitto politico e diritto penale del nemico...* Op. cit., pp. 179 y ss. KOSTORIS, R., «Processo penales, delitto politico e «diritto penale del nemico» en *Delitto politico e diritto penale del nemico...*» Op. cit., pp. 299 a 301.

¹⁴² Antes del 11S básicamente la principal ley penal antiterrorista era la *Loi 86-1020 du 9 septembre 1986*.

sido exacerbadas como reacción a los terribles acontecimientos de Charlie Hebdo y de Niza (2016). Así entre otras expresiones de las medidas contraterroristas más comunes en el contexto de los países europeos, cabe destacar la previsión de delitos terroristas autónomos en el Código penal francés (en adelante CPF), desde mediados de los noventa y en especial a partir de 2006,¹⁴³ pudiendo dichos actos estar caracterizados por una disparidad de fines terroristas (art. 421-1 CPF), castigándose expresamente los actos preparatorios (art. 421-2-1 (2) CPF) y conductas relativas a la financiación del terrorismo (art. 421-2-2 CPF). De una visión de conjunto de esta normativa cabe destacar su carácter simbólico al ser expresión de la voluntad política de compatibilizar un discurso de seguridad severo, con las necesidades técnicas de respuesta penal¹⁴⁴. Con mayor firmeza, la «Ley para reforzar la seguridad interior y la lucha contra el terrorismo» (octubre 2017) traslada al derecho común algunas medidas del estado de emergencia, suscitando fricciones con varias libertades y la presunción de inocencia.

Por último —y frente a los ordenamientos penales analizados— cabe advertir ciertas peculiaridades en el caso de Reino Unido debido no solo a la larga tradición en dicho país de una *counter-terrorism legislation* dirigida a combatir el terrorismo del IRA (*Irish Republican Army*)¹⁴⁵, sino también por los estrechos vínculos con EE.UU. y otras circunstancias políticas que hicieron que dicho país contara con leyes penales, por lo general, de carácter especial y de contenido muy severo para perseguir y castigar el fenómeno terrorista. En particular cabe destacar que, desde el año 2000, dicho país actualizó sus leyes en la materia a través de la denominada *Terrorist Act 2000*, que, en suma, consistía en una suerte de breve código —con 131 artículos y 14 anexos— que sirvió al Estado británico para afrontar la amenaza del terrorismo yihadista posterior al 11S así como los graves atentados de Londres del 7 de julio de 2005. Las previsiones de aquella ley ya comportaban una considerable expansión del Derecho penal en materia terrorista posibilitando, entre otros aspectos, el castigo de actos de reclutamiento, entrenamiento y provocación de actos terroristas, así como de multitud de actos preparatorios de aquellos, razón por la cual, en general, las sucesivas decisiones europeas de armonización en esta materia, han tenido un efecto más bien limitado en la legislación interna de Reino Unido¹⁴⁶. No obstante, a tenor de las declaraciones de la primera ministra británica Theresa May en el sentido de agravar

¹⁴³ Cuando se adopta la *Loi 2006-64 du 23 Janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme*. Esta ley marca la legislación post 11S, si bien está muy influenciada por los atentados de Londres de 2005.

¹⁴⁴ Véase LABAYLE, H. «Les infractions terroristes en droit pénal français. Quel impact des décisions-cadres de 2002 et 2008?» en *EU counter-terrorism offences...* Op. cit., p. 52.

¹⁴⁵ Véase SPENCER, J.R., «No thank you, we've already got one. Why EU anti-terrorist legislation has made little impact on the law of the UK», en *EU counter-terrorism offences...* Op. cit., pp. 117 y 118.

¹⁴⁶ Véase SPENCER, J.R. «No thank you, we've already got one!». Op. cit., pp. 119 a 123.

las leyes británicas debido a los atentados terroristas del año 2017, habrá que estar a un posible rearme penal en la materia, por muy difícil que parezca avanzar más en la senda del Derecho penal del enemigo sin comprometer la esencia del Estado de derecho.

Limitaciones a la libertad ambulatoria de individuos sospechosos de terrorismo

Sin ir a ejemplos tan extremos como los que hacen referencia a la pérdida de libertad por la comisión de un delito de terrorismo, la libertad ambulatoria puede verse limitada a través de diversas medidas «singulares» que en tiempos recientes están teniendo un uso mayor en algunos Estados como Francia. Nos referimos a la posibilidad de decretar la libertad vigilada o arresto domiciliario por estar procesado o como sustitutivo de la pena de prisión (es lo que en este país se denomina *Assignment à résidence*), lo que supone para el afectado estar monitorizado (con brazaletes electrónicos) con el deber de permanecer en el domicilio durante determinados periodos o controlado (presentándose ante la policía x veces al día), y tener limitadas, por lo tanto, las libertades de desplazamiento. En condiciones normales esta decisión puede ser adoptada por un juez cuando una persona está siendo investigada y concurren determinadas circunstancias, o ha sido condenada a menos de determinados años de prisión. La reforma de 2015 a la ley que regula el estado de excepción permite que esta medida pueda ser decretada por orden del Ministerio del Interior contra cualquier persona, incluso si no está incurso en un procedimiento judicial, cuando «existan razones serias para pensar que el comportamiento de un individuo constituye una amenaza para la seguridad y el orden público» (art. 6), cosa que ha sido utilizada fundamentalmente con los individuos investigados por los servicios de inteligencia franceses sobre los que se había abierto una «Fiche S»¹⁴⁷.

Desde que se decretó el Estado de urgencia en Francia en 2015, se ha cuatriplicado el número de individuos sometidos a este tipo de medida¹⁴⁸. Además, la reforma de 2015 amplió el número de horas que los condenados por terrorismo y sometidos a esta medida deben permanecer en su domicilio a 12 de las 24 h. Y en la misma línea, la *Loi du 19 décembre 2016*, de prórroga del estado de excepción, ha pasado de seis a doce meses la duración máxima en esta situación de arresto domiciliario, con el informe favorable del juez designado del Consejo de Estado AA, cabiendo incluso una prórroga

¹⁴⁷ En Francia una fiche S significa Fichero de personas investigadas. La S es la abreviatura de «Seguridad del Estado». Las Fiches S son emitidas fundamentalmente por la Dirección General de Seguridad Interior. Por ejemplo los individuos considerados como combatientes yihadistas que retornan a Francia de Irak o Siria son clasificados como S14 (donde el nivel máximo de peligrosidad es el S16)

¹⁴⁸ Véase LONGUET, Mélanie, «Etat d'urgence : est-ce la fin des assignations à résidence?», *Le Parisien*, 17 de marzo de 2017.

de esta situación a más de un año¹⁴⁹. Ante esta escalada de limitaciones de derechos, el Consejo Constitucional francés ha recibido varios recursos y, en concreto en esta cuestión, el 16 de marzo de 2017 señaló que esas prolongaciones extraordinarias del arresto domiciliario son admisibles, pero no pueden ser decididas por el Consejo de Estado, pues no puede ser quien autorice al Gobierno a ello y al tiempo quien acabe siendo concededor de los posibles recursos interpuestos por los afectados contra tal extensión de la privación de libertad. Se hace necesaria, pues, una reforma legal, que establezca cómo se va a sustanciar esta cuestión con mayores garantías de las que hasta el momento han existido. Entre ellas, en la citada decisión el Consejo Constitucional exigía para esa ampliación temporal de la medida que la amenaza del individuo para la seguridad fuese de una «particular gravedad», y no constituyese una «simple amenaza».

En España no somos ajenos del todo a este respecto. Como se ha puesto de manifiesto, y según desprenden los datos de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, se ha optado por lo que se ha venido a denominar «detenciones preventivas» o lo que viene a ser la «detención a la mínima». Desde 2004 se han ordenado detenciones de sospechosos de terrorismo y se les ha procesado ante la mínima evidencia para evitar el riesgo de un ataque, aunque las pruebas sean más débiles de lo habitual¹⁵⁰. De hecho, de los procesados desde 2016, un 21 % fueron absueltos. Se nota un cambio de tendencia que lleva a un endurecimiento no solo en la vigilancia, sino en la privación de libertad cuando unos mínimos elementos apuntan a ese posible vínculo de un individuo con el yihadismo y, obviamente, ello puede producir fatales errores para los derechos de libertad.

Límites al cruce de fronteras o a la permanencia en el interior de las mismas

Otras medidas contra el terrorismo afectan al tránsito de personas conectado con los flujos migratorios, en el entorno más próximo de la UE. Al respecto, es preciso destacar que, como respuesta a los atentados sufridos en Francia y Bélgica durante 2015 y 2016, en el marco de la UE se culminó, en marzo de 2017, un paquete de medidas legislativas relevantes en la lucha contra el terrorismo¹⁵¹. En concreto, el Consejo de la UE aprobó un Plan de

¹⁴⁹ Ciertamente es que la Ley también establece que «en ningún arresto domiciliario tendrá por efecto la creación de campos donde estarían retenidas las personas vigiladas».

¹⁵⁰ ORTEGA DOLZ, Patricia, «Un 21 % de los acusados de yihadismo desde 2016 fueron absueltos», *El País*, 10 de junio de 2017.

¹⁵¹ Ha de recordarse que entre las prioridades legislativas para 2017, aprobadas por el Consejo el 13 de diciembre de 2016, se encontraba el «proteger mejor la seguridad de los ciudadanos de la UE, en particular mediante una mayor vigilancia de las fronteras exteriores (a través de un sistema de entradas y salidas, la implantación de «fronteras inteligentes» y un sistema europeo de información y autorización de viajes), reforzando las

Acción que contenía un conjunto de medidas para mejorar la eficiencia de la lucha antiterrorista, desde un enfoque global y multidisciplinar. Destacan las previsiones que afectan a la libertad ambulatoria recogidas en el *Reglamento que modifica el Código Europeo de Fronteras (2017)*¹⁵², ante todo porque, desde su entrada en vigor (el 7 de abril de 2017) no solo van a afectar a ciudadanos de terceros países, sino que, novedosamente, también pueden incidir en ciudadanos de la UE.

Como es sabido, el *Código Europeo de Fronteras*, se aplica solo a las denominadas fronteras exteriores del Espacio Schengen. Pues bien, el Reglamento de 2017 ha procedido a actualizar dicho Código justificándolo en las nuevas necesidades de la UE y sus Estados miembros, en relación con demandas de mayor seguridad y adecuado control de la inmigración. De forma resumida, cabe destacar que aquella reforma obliga a los Estados miembros a llevar a cabo entre otras medidas que pueden afectar a la libertad ambulatoria:

a) controles sistemáticos de todas las personas, incluidas aquellas que disfrutan del derecho a la libre circulación. Esta opción no cabía hasta ahora, puesto previamente los Estados miembros estaban obligados a someter a controles sistemáticos *solo a los nacionales de terceros países*, que no tuvieran derecho a la libre circulación de conformidad con las disposiciones pertinentes de la UE, realizando además las comprobaciones oportunas en las bases de datos correspondientes.

b) Además, desde la regulación que comentamos, los datos de las personas que crucen la frontera exterior se contrastarán con los que figuran en bases de datos de interés policial, (v.gr. el Sistema de Información Schengen o la base de datos de Interpol sobre documentos de viaje extraviados o sustraídos). La obligación se aplicará a la entrada y salida de todas las fronteras exteriores del Espacio Schengen, es decir, terrestres, aéreas y marítimas.

c) La nueva regulación prevé los denominados controles selectivos, en el caso de que esas consultas sistemáticas para las personas que disfrutan del derecho a la libre circulación, puedan llevar a un impacto desproporcionado en el flujo del tráfico en la frontera terrestre o marítima. Se establece como condición que este tipo de controles no conlleve riesgos para la seguridad interior del Espacio Schengen.

En todo caso, muchas de las medidas adoptadas para asegurar las fronteras exteriores, pese a que se alega que constituyen instrumentos de salvaguar-

normas para la compra y posesión de armas de fuego, luchando contra el terrorismo, su financiación y el blanqueo de dinero, e intercambiando información sobre nacionales de terceros países».

¹⁵² Reglamento (UE) 2017/458, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399, en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores.

da frente al terrorismo, no tienen este como principal objetivo. En gran parte, su fin principal es frenar la inmigración, el control de las fronteras. Así, por ejemplo, la Directiva sobre Información adelantada de los pasajeros (API), sirve para combatir la inmigración ilegal, pero la potencial efectividad para la lucha antiterrorista queda menos demostrada¹⁵³.

Por otro lado, hemos de referirnos también a la expulsión de individuos relacionados con el yihadismo, con la prohibición de entrada en el país durante un periodo de tiempo más o menos largo. En España se ha llegado a plantear esta medida como alternativa para algunos sospechosos que no llegan a ser condenados o incluso tras haber cumplido condena. La medida podría ampararse en «la expulsión por motivos de seguridad», prevista en el art. 57.7 de la Ley de Extranjería. No obstante, esta expulsión solo cabe cuando se realicen conductas de las tipificadas como muy graves, entre las que se incluye la participación en actividades contrarias a la seguridad nacional (art. 54.1 Ley Extranjería), atendiendo al principio de proporcionalidad, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediando una resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.

También cabe la sanción penal de expulsión como medida sustitutiva de otras penas privativas de libertad, que se introdujo en el año 1995 en el Código Penal y ha sido modificada en algunos aspectos en 2015¹⁵⁴. Esta puede acordarse cuando la pena sea inferior a 6 años y siempre que se cumplan determinados requisitos.

Lo cierto es que el Gobierno ha expulsado de España por motivos de «seguridad nacional» a más de un centenar de yihadistas de cinco nacionalidades detenidos y condenados por financiar y colaborar con al-Qaeda u otros grupos yihadistas. El Gobierno y los jueces apoyan sus decisiones en informes del Centro Nacional de Inteligencia o del Centro de Inteligencia y Análisis de Riesgos de la policía. Algunos de ellos han sido expulsados tras haber cumplido ya condena, por motivos de seguridad¹⁵⁵.

No hemos de olvidar que cuando la expulsión se adopte por razones de orden público o de seguridad, aquella deberá estar basada en la conducta per-

¹⁵³ WENSINK, PwC y otros, *The European Union's Policies on Counter-Terrorism Relevance, Coherence and Effectiveness, Study for the libe Committee*, Bruselas, European Parliament, 2017, p. 57.

¹⁵⁴ La sanción penal de expulsión resulta imperativa en su aplicación para los jueces penales, salvo en tres excepciones tasadas en el art. 89.1, 2 y 4: cuando sea necesario para asegurar el orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida, en los casos en que una o varias condenas superen los 5 años de prisión, y cuando a la vista de las circunstancias del hecho y personales del autor, en particular el arraigo en España, la expulsión sea desproporcionada.

¹⁵⁵ Véase IRUJO, Jose María, «El Gobierno ha expulsado desde 2004 a 100 yihadistas por «seguridad nacional»», *El País*, 31 de mayo de 2014. Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2014/05/31/actualidad/1401547194_764838.html [02-06-2017]

sonal del individuo y constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave. Por lo tanto, serían rechazables aquellas expulsiones que tienen un carácter puramente preventivo, esto es, como respuesta de una política antiterrorista meramente preventiva, sin que exista un peligro demostrado para la seguridad nacional. De nuevo, en estos casos se abre el debate social sobre si debe priorizar una mayor seguridad que conduzca a la expulsión de todo sospechoso de tener vínculos con el yihadismo, o si ha de atenderse a los derechos que acompañan a cualquier individuo como la presunción de inocencia, el arraigo, la posibilidad de que en su país de origen sea perseguido a su llegada, etc.

La elaboración de perfiles y listas negras de presuntos terroristas y la libertad personal

La creación de listas negras de grupos o individuos presuntamente terroristas para monitorear y controlar sus movimientos, para establecer controles especialmente restrictivos con los nacionales de determinados países en las fronteras o simplemente impedir la entrada en un país por ser nacional de determinados Estados o por su vinculación con el terrorismo constituyen ejemplos de cómo ello puede afectar a la libertad personal de los individuos, sin entrar ahora en si ello estaría justificado o no.

Esa posibilidad de no permitir la entrada de un individuo en un país, negándole el asilo por vínculos con el terrorismo está contemplada en la normativa internacional y nacional de asilo. De hecho, era admitida recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Commissaire général aux réfugiés y los apatridad y Mostafa Lounani*, de 31 de enero de 2017¹⁵⁶, un supuesto de denegación de asilo en Bélgica porque el peticionario había participado en actividades de grupos terroristas en el pasado.

La recopilación de datos para realizar perfiles de posibles sospechosos terroristas¹⁵⁷, puede ser muy útil como medida antiterrorista e incluso necesaria, pero ha de realizarse con las debidas garantías por las consecuencias que puede acarrear para los derechos de los individuos afectados. En primer lugar, acaba estigmatizando a determinados colectivos dentro de la sociedad, colectivos de individuos que incluso pueden tener la nacionalidad del país donde se realizan tales controles. Hay individuos que por la religión que profesan y lugares de culto a los que acuden, hábitos de comportamiento, o vestimenta, pueden entrar a formar parte de una lista de permanentes sospechosos, o ven recrudescidos los controles de entrada o salida del país, o se encuentran sometidos a continuas identificaciones por los agentes de segu-

¹⁵⁶ Asunto C-573/14.

¹⁵⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Threat and humiliation: Racial profiling, Domestic Security and Human Rights in the United States*, New York, Amnesty International USA Publications, 2004.

ridad. Estas actuaciones encierran un componente discriminatorio evidente, porque señala a todo un colectivo, con poca atención al principio de inocencia y demasiada en los rasgos étnicos o religiosos. No cabe duda de que desde la oleada de ataques yihadistas las identificaciones por perfil étnico han aumentado significativamente. Puede ponerse como ejemplo más llamativo y reciente el intento semifrustrado de Donald Trump de impedir la entrada en EE.UU., de todo nacional de determinados países de mayoría musulmana o de los países vecinos al territorio ocupado por el ISIS.

Ha de recordarse, además, que la recolección de datos para la elaboración de perfiles de sujetos peligrosos puede dar lugar a falsos positivos, como se ha demostrado. Los falsos positivos refieren a situaciones en las cuales un individuo inocente es identificado como sospechoso basándose en una incorrecta identificación por su perfil. Valga como muestra la de Jean Chales de Menzes, 27 años, que murió tiroteado por la policía en el metro de Londres un día después del desmantelamiento de un atentado en el mismo metro, al ser seguido como sospechoso y verle entrar en otra estación de metro¹⁵⁸. Por lo tanto, los agentes que conducen la investigación y que, necesariamente, tienen sus listas de datos y sospechosos a los que investigan, deben adoptar las medidas necesarias para no caer en esos errores. Y han de conducir su investigación y trabajar en la recopilación de toda esa información sobre elementos de sospecha suficientes y razonables, nunca por el exclusivo perfil étnico o religioso.

En todo caso, la elaboración de perfiles de sospechosos y de listas negras no es nuevo. Desde los ataques a las torres gemelas estas listas se engrosaron ostensiblemente. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas elaboró las conocidas como «listas negras» donde se incluían los nombres y datos de individuos relacionados, de un modo u otro, con actividades terroristas y se decretaban determinadas medidas restrictivas contra ellos. Precisamente la transposición por la Unión Europea de las restricciones/sanciones a las que obliga Naciones Unidas en el asunto *Kadi* puso sobre la mesa la importante cuestión de la interrelación entre el cumplimiento de los compromisos internacionales y el respeto de los Derechos humanos en la Unión.

Kadi fue identificado como un posible defensor de al-Qaida por el Consejo de Seguridad de la ONU, se le incluyó en una lista de terroristas y fue sancionado. La UE transpuso esa sanción de la ONU a través del citado Reglamento 188/2002, que imponía medidas restrictivas contra personas y entidades vinculadas a Bin Laden, la red al-Qaida y los talibanes, incluidas en una lista adjunta. El Reglamento fue impugnado por *Kadi* ante los tribunales de la UE. *Kadi* alegó que no había sido informado de los motivos de su inclusión en la lista de personas y entidades sujetas a las sanciones establecidas. Por lo tanto, no había tenido la posibilidad de presentar un recurso judicial contra

¹⁵⁸ BAKKER, Edwin, *Terrorism and Counterterrorism: Comparing Theory and Practice*, LPU General, Leiden, 2015, p. 148.

dichos motivos y, en consecuencia, su derecho a ser oído, así como su derecho a la tutela judicial efectiva habían sido vulnerados. El Tribunal de Justicia examinó la legalidad de la normativa de la UE, que trasponía la Resolución de la ONU, con el argumento de que la protección de los derechos fundamentales forma parte de los fundamentos del orden jurídico de la UE. De acuerdo con este principio, todas las medidas de la UE deben ser compatibles con los derechos fundamentales, de lo que resultaba la aplicación preferente del Derecho de la Unión frente a la ejecución de compromisos internacionales.

El caso *Kadi* ha sido la base para nuevas decisiones como las adoptadas en el asunto *Kadi* II²⁷, y en otros como el asunto *Omar Mohammed Othham* de 11 de junio de 2009²⁸, el caso *Al-Aqsa*, de 15 de noviembre de 2012²⁹, o el *Abdulabsit Abdulrahim* de 14 de enero de 2015.

Además, también en relación a esa inclusión de personas en las listas de terroristas, el TJUE consideró que «los nombres de personas, grupos o entidades se pueden mantener en la lista solo si el Consejo revisa periódicamente su situación. Todos estos asuntos deben estar abiertos a la revisión judicial».

La cuestión que se planteó en el caso *Kadi* y en los siguientes sigue estando vigente y es extrapolable a otras esferas. Así, por ejemplo, cabe preguntarse si, ante las respuestas globales o internacionales que puedan adoptarse en la lucha contra el terrorismo, los Estados miembros de la UE pueden y deben verificar la ejecución de tales medidas de conformidad con sus normas Constitucionales y también con los Tratados supranacionales que exigen el respeto de los derechos fundamentales. Por supuesto, la respuesta debe ser afirmativa por todo lo que venimos defendiendo en este trabajo y por el principio de *favor libertatis*, debiendo optarse siempre por la interpretación que ofrezca mayores garantías a los derechos.

Conclusiones

El estudio realizado revela que bajo el manto de algunas legislaciones recientemente aprobadas para combatir el terrorismo se encubren, en realidad, medidas contraterroristas atentatorias de las libertades y derechos fundamentales básicos de los ciudadanos. Muchas de las sanciones administrativas y penales pueden enmarcarse en lo que hemos denominado «Derecho penal de excepción o de emergencia» o «Derecho penal del enemigo». La devaluación de estas libertades y derechos, podría ser el preludio de una regresión en materia de tutela de garantías jurídicas básicas de los ciudadanos a través de unas medidas que *formalmente* se dirigen a contrarrestar el fenómeno terrorista, aunque en realidad, al permanecer ancladas en las correspondientes legislaciones, actúan a modo de red que expande la intervención estatal indiscriminadamente, recortando las libertades y derechos de todos los ciudadanos.

Derivado de lo anterior, cabe destacar que, al menos en materia penal, las legislaciones contraterroristas *post 11M* (*post 9/11 counter-terrorist legislations*), son fiel expresión del *Derecho penal del enemigo*. Lo que, en esencia, implica que en el mejor de los casos, el verdadero conflicto subyacente al terrorismo yihadista quedará desplazado por un laberinto de legislaciones y reformas penales incapaces de afrontar tan complejo problema en su dimensión real, es decir, en todas sus implicaciones económicas, culturales y políticas. En el peor de los casos, aquellas legislaciones penales se dirigirán a identificar «enemigos», estigmatizando a grupos de la población donde focalizar erróneamente, el origen de un problema que no se deja reducir a análisis tan simplista. El Derecho penal del enemigo en materia terrorista se revela así, en su dimensión sustantiva, como un *Derecho penal de autor*, a través del que se canalizan multitud de medidas penales excepcionales que, sin embargo, por su proliferación, vienen a ser, realmente, la regla general para luchar contra el terrorismo, en primera instancia. La gestión política del problema terrorista, recurriendo a la promulgación de leyes penales se convierte en un ejercicio cotidiano de gobierno, en aras de alcanzar un inasequible objetivo de total seguridad ante el que, sin apenas ser conscientes los ciudadanos de ello, sucumben sus derechos y libertades fundamentales.

En la época de la *posverdad*, poco importa, que penas como la de muerte o cadena perpetua no desplieguen ningún efecto preventivo-general contra un terrorismo caracterizado, entre otros rasgos, porque sus autores están dispuestos a inmolarse. Aquel signo de nuestra época, casa bien con la preeminencia que otorga el legislador al *efecto simbólico* de la pena pues, al margen de si las leyes antiterroristas sirven para resolver un problema de aristas tan complejas como el terrorismo yihadista o no puedan atajarlo en absoluto, en definitiva se trata de transmitir a la población la apariencia de que se está trabajando para resolverlo, de que *se está haciendo algo*. No obstante la política de la confusión, también tiene sus costes pues no solo comporta una desatención del verdadero problema, sino además una infradotación de medios específicos que, realmente, puedan desplegar efectos para atajar con esta clase de terrorismo. A lo anterior hay que unir que los costes de las sucesivas reformas penales y procesales, consisten en recortes muy considerables de los espacios de libertad de los ciudadanos, al poner cortapisas dichas leyes a su desarrollo, guiadas programáticamente por el inalcanzable propósito de mayor seguridad.

Descendiendo a lo concreto, cabe destacar que las medidas penales antiterroristas son, cada vez con mayor claridad, expresión de un *Derecho penal y procesal preventivo* lo que se evidencia a la vista de la proliferación del castigo de actos preparatorios cada vez más alejados de la efectiva comisión de delitos, como son los supuestos de autoadoctrinamiento, adoctrinamiento o reclutamiento. Ello compromete no solo el derecho fundamental a la libertad sino también, otros derechos fundamentales, como en especial, la libertad de expresión —fundamento del sistema democrático— cuyo respeto se pone

constantemente en entredicho, ante la vigencia de delitos muy amplios de apología y enaltecimiento del terrorismo.

Junto a las medidas penales que tienen esa naturaleza preventiva, se han citado en este trabajo muchas otras medidas contraterroristas que comparten ese cariz preventivo y que, igualmente, acaban normalizando una limitación generalizada de derechos como los de la privacidad o de expresión, en todas sus manifestaciones. A veces se olvida que la incursión de las autoridades policiales y judiciales en los derechos de los ciudadanos por razón de la seguridad nacional deben respetar los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y excepcionalidad. La subsidiariedad implica que todas esas medidas limitativas de derechos no debieran ponerse en marcha salvo que sean necesarias y no exista otra vía mejor para alcanzar el resultado legítimamente perseguido. Mientras existan medios menos gravosos para, por ejemplo, alcanzar la información necesaria o impedir un ataque terrorista o evitar el reclutamiento de potenciales terroristas, siempre será mejor optar por el camino de aquellos instrumentos menos intrusivos¹⁵⁹. La proporcionalidad debiera evitar que las medidas que se adoptan para luchar contra el terrorismo supongan un precio excesivo para las ventajas reales que pueden obtenerse de las renunciadas a las que tales medidas obligan, evitando daños a colectivos enteros. La proporcionalidad refiere también a que la medida de contraterrorismo que sea adoptada cuando exista evidencia de una amenaza terrorista cierta, con un cierto nivel de gravedad o certeza, no pueda adoptarse de forma generalizada ante una hipótesis vaga. Y, finalmente, la excepcionalidad de las medidas antiterroristas limitativas de derechos constituye otro elemento principal. Hemos relatado en este trabajo hasta qué punto el recurso al estado de emergencia o la inclusión de excepciones al normal ejercicio de los derechos cuando se aplican medidas antiterroristas se ha convertido en una constante en muchos Estados especialmente en los últimos años. La excepcionalidad debiera significar eso, excepción, y por lo tanto, limitación temporal. Sin embargo, como ya hemos señalado, ello no está siendo así, en algunos Estados de un modo evidente, con la declaración y extensión *sine die* del estado de excepción, como es el caso de Francia, y en otros países haciéndose de manera solapada. A este respecto, el Conseil d'État francés, el Tribunal administrativo supremo del país, advirtió en febrero, cuando se aprobó la segunda prórroga, de que «un estado de excepción es un «estado de crisis», que es intrínsecamente temporal. Su renovación no debe continuar, por tanto, indefinidamente». El comisario de derechos humanos del Consejo de Europa, expertos independientes de la ONU, el Defensor del Pueblo francés y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de Francia, así como abogados, jueces y organizaciones de derechos humanos,

¹⁵⁹ En respeto al principio de subsidiariedad, en la Guía de actuación de la *Home Office* británica se establece que el secretario de Estado, al autorizar una medida de seguimiento de terrorismo debe evaluar la utilización de escuchas frente a otros mecanismos que puedan ser menos intrusivos.

también han expresado honda preocupación ante la idea de un estado de excepción indefinido.

Ante todo porque, como se ha podido sugerir, el propio término «contraterrorismo» podría enmascarar un fracaso del legislador estatal ordinario para frenar, con los medios legales que ofrece la normativa común, el avance del fenómeno al que trata de hacer frente, esto es, el terrorismo. La adopción de medidas legales —en el sentido amplio antes indicado— *excepcionales* frente al terrorismo es la nota más sobresaliente para definir el llamado «*contraterrorismo*». Y precisamente ese carácter excepcional de la legislación contraterrorista o antiterrorista, hace que sea preocupante la deriva en la que el Estado de derecho puede estar cayendo, a raíz de la aplicación de medidas procedentes de dicha legislación, como puede observarse en muchos países de nuestro entorno jurídico, que se dejan arrastrar por el falso señuelo de acabar con la lacra terrorista, aún a costa de sacrificar gran parte de las libertades y derechos fundamentales que son el «nervio» de todas las Constituciones modernas, tal y como hasta ahora las entendemos.

La cuestión que late en el fondo es la misma que se reitera constantemente: cómo lograr un equilibrio entre seguridad y libertad. El problema es que cada vez que se produce un nuevo atentado se desencadena una necesidad mayor de garantizar la seguridad y los individuos parecen estar más dispuestos a sacrificar su esfera de libertad. Esto parece dar fuerza a los gobiernos para ir generalizando medidas cada vez más restrictivas de las libertades de la ciudadanía.

En este estado de las cosas, parece preciso reivindicar la intangibilidad de las garantías constitucionales básicas, esto es, de las libertades y derechos fundamentales que, a modo de límites, restringen la intervención estatal —sancionadora y penal—, incluso ante hechos tan execrables como los que caracterizan a cualquier acto terrorista. De otro modo, la devaluación de aquellos derechos en aras de una supuesta mayor eficacia de las medidas estatales contraterroristas, no evidencia sino la renuncia del Estado de derecho contemporáneo a su propia esencia y, por ende, paradójicamente, lo aproxima cada vez más a la ideología autoritaria que pretendidamente trata de combatir.

