

# InDret

1.2023

***Clive Walker/Mariona Llobet Anglí/Manuel Cancio Meliá (eds.), Precursor of Crimes of Terrorism. The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2022, 355 páginas\****

Antonio Fernández Hernández  
 Universitat Jaume I  
 anandez@uji.es

-

La obra colectiva objeto de la presente recensión aborda, a través del análisis de la atribución de relevancia penal a los actos protopreparatorios (*precursor crimes*) terroristas, muchas (no todas) de las cuestiones que el terrorismo genera. A través de un enfoque amplio (que abarca desde consideraciones de política criminal hasta la efectividad que las desproporcionadas penas previstas e impuestas revisten) y de un tratamiento internacional (que comprende referencias a los ordenamientos jurídicos español, británico, alemán y australiano) se abordan en ella, de una forma rigurosa y novedosa, cuestiones fundamentales en materia de terrorismo. Los argumentos sobre los que se sustenta, las propuestas de solución ofrecidas o la diversidad de aspectos tratados y su enfoque internacional permiten calificar a esta obra de referente en la materia.

Pese a ser una obra colectiva, la monografía en su conjunto presenta una idea común: la política criminal internacional y de los Estados democráticos de Derecho de nuestro entorno (aunque no solo) en materia de terrorismo se encuentra caracterizada por una marcada naturaleza preventiva e inocuidadora que pone en jaque los propios valores sobre los que estos se sustentan. Así, se parte de la errónea premisa de que el logro de una mayor seguridad requiere, inevitablemente, un mayor recorte de libertades. Recorte de libertades que no debiera plantear problema alguno al común de la ciudadanía por cuanto está previsto en exclusiva para aquellos que incurren en conductas que, en opinión de la Asamblea General de Naciones Unidas, constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacionales. El problema, y este es el *leit motiv* de la obra, es que la ampliación y la disolución de los límites de lo que debe considerarse terrorismo, junto con la atribución de tal carácter a un catálogo de conductas consideradas relacionadas con dicho fenómeno criminal, que no cesa de incrementarse, caracterizadas por una vinculación cada vez menor a la exigencia de la producción de un grave resultado lesivo para los bienes jurídicos más relevantes en aras de lograr una ulterior finalidad de carácter político (es decir, un acto terrorista) está comportando que el radio de acción de estas excepcionales medidas termine afectando a un mayor rango de población. Población que, dado el embrionario carácter de las conductas castigadas, termina siendo seleccionada por criterios de raza o vinculación con determinados sujetos, aplicándose la máxima de que «el amigo de mi enemigo es también mi enemigo». De esta manera, conductas con una escasa capacidad de ofensividad son sancionadas con gravosas consecuencias de carácter penal, a cuyo castigo se llega mediante la previsión y reconocimiento de mayores facultades de intromisión del Estado en la vida de los ciudadanos que, además, se

---

\* La obra puede obtenerse en versión eBook o impresa a través de la Edward Elgar Publishing website.

han demostrado ineficaces, olvidando que el principal enemigo de la democracia es un Estado con poderes ilimitados. Precisamente a evitar tan perversos efectos se ofrecen en esta obra diversas propuestas, dignas por ello de atención.

Con un total de veintidós contribuciones, la obra se divide en cinco secciones: una primera introductoria, en la que los editores de la obra abordan la propia noción de los *precursor crimes* al objeto de elaborar un concepto internacionalmente válido, distinguiendo entre un concepto estricto y uno amplio. Delimitación conceptual que resulta esencial, habida cuenta de que se analiza el tratamiento que reciben en diversos ordenamientos jurídicos, lo que obliga a determinar, en primer lugar, si se está hablando o no de lo mismo. Fijada dicha categoría delictiva en la atribución de relevancia penal a conductas preparatorias de futuros actos terroristas o a conductas vinculadas con la actividad propia de las organizaciones terroristas, permite plantearse una importante cuestión: aunque la normativa internacional ha constituido un importante acicate al castigo de estas conductas, algunas de ellas ya eran objeto de tratamiento penal antes del surgimiento del terrorismo yihadista (paradigma del terrorismo internacional) por aquellos Estados que ya debían hacer frente a este fenómeno criminal. El propósito ha sido siempre el mismo: facilitar la condena, desvinculando la responsabilidad del sujeto de la efectiva comisión de un acto terrorista, atribuyendo relevancia penal a etapas más embrionarias o relacionadas, de algún modo, con quienes pueden terminar cometiendo finalmente aquellos actos. Sin duda, los cambios operados en el modo de actuación de los actores del actual terrorismo yihadista han contribuido a profundizar en esta estrategia político criminal. Así, si bien esta estrategia de anticipación de la barrera de punición se centró en los delitos relacionados con las organizaciones terroristas (las conductas de dirección –en sentido amplio–, integración y colaboración), como respuesta a la realidad criminológica que las organizaciones terroristas del pasado siglo presentaban, la organización en red y la relevancia que los elementos terroristas han adquirido en este siglo XXI con la actual oleada del terrorismo ha comportado que el catálogo de los *precursor crimes* se haya ampliado a conductas relativas a comportamientos individuales propios de una fase preparatoria cada vez más alejada de la efectiva ejecución de un acto terrorista.

En el capítulo 2, el profesor Clive WALKER pone de manifiesto que la menor tolerancia al riesgo de las sociedades facilita la asunción de políticas criminales que permiten una intervención temprana en la que no es preciso esperar a la producción del resultado lesivo que pretende evitarse a toda costa. Sin embargo, pese a lo que pudiera parecer, esta estrategia no es todo lo eficaz que cabría esperar, ni a nivel cuantitativo, por cuanto el número de condenas es muy inferior al de las detenciones, ni a nivel cualitativo, dado que no hay constancia de que la radicalización de quienes llevan a cabo delitos de terrorismo se deba a que los enjuiciados sean tratados injustamente. Lo que no es seguro que pueda mantenerse en el futuro, dada la gravedad de las penas previstas para estas conductas. Tal motivo, junto con otros ofrecidos por el autor, ponen de manifiesto que estos delitos no son la forma más oportuna de hacer frente al fenómeno terrorista.

La II parte, integrada por los capítulos 3 a 6, va referida a la criminalización del riesgo de comisión de futuros e indeterminados ataques terroristas. Así, en el capítulo 3, los profesores MASFERRER y TALAVERA ponen de manifiesto que la atribución de la condición de enemigo a los terroristas los convierte en un riesgo para la seguridad del Estado, que sustituye a la seguridad de los ciudadanos como objeto de protección del Derecho penal, lo que acerca los Estados democráticos a los Estados totalitarios, permitiendo poner en duda la propia existencia de un Estado de

Derecho. Por su parte, la doctora Francesca GALLI analiza, en el capítulo 4, los problemas que los instrumentos legislativos emanados de la Unión Europea y las transposiciones que de ellos han realizado sus Estados miembros han generado a la hora de enfrentarse a los nuevos riesgos terroristas, tales como los *homegrown terrorists* y los combatientes terroristas retornados, haciendo evidentes los conflictos que surgen con diversos derechos fundamentales como, por ejemplo, el principio de legalidad, la libertad de expresión o el derecho de asociación. De ahí que finalice con diversas propuestas de actuación de carácter extrapenal. En el capítulo 5, la doctora LANDERA LURI se centra en la escasa (por no decir nula) aplicación que ha tenido en nuestro país el art. 579 bis 3 CP, atribuyéndola al hecho de que jurisprudencialmente se prima el elemento subjetivo consistente en la voluntad de pertenecer a la organización terrorista frente al objetivo derivado de encontrarse cumpliendo una pena privativa de libertad, a lo que deben añadirse las exigencias de confesión y colaboración contenidas en el tipo. En su opinión, la decisión de optar por el abandono de una organización terrorista debería ser garantizada como un derecho. No obstante, no puede olvidarse que este precepto constituye una importación del precepto relativo a los *pentiti* del ordenamiento jurídico italiano que en nuestro caso no ha resultado operativo, no sólo porque el terrorismo pueda ser considerado el paradigma de la delincuencia por convicción (a diferencia de lo que ocurre con la criminalidad organizada común), sino porque los elevados requisitos legalmente exigidos para permitir su aplicación lo han hecho, en la práctica, completamente inoperativo. Finalmente, puede encontrarse en el capítulo 6 un análisis crítico que el profesor Christopher MICHAELSEN hace de los *precursor crimes* (y su aplicación práctica) que Australia ha incorporado a su texto punitivo, pese a apenas haber sufrido actos de terrorismo, poniendo de manifiesto que la introducción de tipos de marcado carácter preventivo y excesivamente gravosos en términos de punición como respuesta al terrorismo ha terminado afectando al tratamiento otorgado a otros fenómenos criminales. Efecto expansivo, por otro lado, que puede apreciarse en todos los ordenamientos jurídicos en los que el legislador ha optado por esta metodología de actuación frente al terrorismo.

La III parte de la obra, que comprende de los capítulos 7 al 10, se centra en los *precursor crimes* de expresión. Lo cual es lógico, habida cuenta de que uno de los ejes sobre los que se ha sustentado la política criminal en materia de terrorismo es el de la lucha contra la radicalización. El problema es la afectación de tales medidas a la libertad de expresión. Así, en el capítulo 7, la profesora Anneke PETZSCHE analiza la normativa europea y la promulgada por los legisladores británico, español y alemán en materia de incitación, enaltecimiento y apología del terrorismo, y concluye que, dada la lejanía de estas conductas con el acto terrorista efectivamente cometido, un modo de lograr tipificar estos comportamientos de manera constitucionalmente legítima pasa por exigir un mayor nexo de unión entre estos y aquel. Una política criminal correcta debe desarrollarse sobre la base de un conocimiento adecuado de la realidad que se va a regular. Precisamente por ello, el profesor MIRÓ LLINARES desarrolla en el capítulo 8 un estudio criminológico sobre el uso de *twitter* en la difusión de mensajes de incitación a la comisión de actos terroristas. Y lo hace al hilo de los comentarios habidos en dicha red social como consecuencia de los atentados cometidos en la sede de la revista Charlie Hebdo y en la Sala Bataclan, para llegar al resultado de que muy pocos de los mensajes analizados contienen discurso del odio y todavía menos son susceptibles de ser considerados incitaciones, directas o indirectas, a la comisión de actos violentos. Realidad que, sin duda, debería ser tenida en cuenta por los legisladores a la hora de diseñar las herramientas de actuación frente a las expresiones que merecen reproche penal. En el capítulo 9 el profesor CANCIO MELIÁ realiza un análisis del delito de enaltecimiento del terrorismo y de cómo ha sido aplicado a supuestos en los que puede ponerse en duda el respeto al derecho a la libertad de expresión de los condenados; pone de

manifiesto, además de la falta de unión entre las expresiones que pueden encontrar acomodo en el ámbito de aplicación del tipo en cuestión y la futura comisión de un acto terrorista, que el Estado debería evitar dar propaganda, a través de su criminalización y enjuiciamiento (y el consiguiente tratamiento mediático), a creaciones que de seguro no resultan merecedoras de tanta atención pública. Pero los riesgos a los que la libertad de expresión debe enfrentarse en nuestro país no proceden sólo de la regulación penal de los delitos de terrorismo, sino que hay otros ámbitos que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos como, por ejemplo, la tipificación de los delitos de odio y su aplicación jurisprudencial. Precisamente por ello el doctor DÍAZ LÓPEZ analiza en el capítulo 10 si los delitos de terrorismo pueden ser considerados delitos de odio, concluyendo (tras el análisis de cuestiones tan interesantes como la aplicabilidad de la agravante del art. 22.4 CP a los delitos de terrorismo, la cual niega con base en el principio de inherencia) que, aunque son muy similares, deben ser conceptualmente distinguidos.

La IV parte se ocupa de tres cuestiones fundamentales en relación a los delitos de terrorismo: la evolución que el terrorismo yihadista ha experimentado a nivel organizacional, desde una estructura jerarquizada (que sigue manteniendo) hasta dar lugar al terrorismo individual; el uso de la prueba pericial de inteligencia como prueba en los procesos incoados por delitos de terrorismo y el tratamiento que se ha dado por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a las nuevas manifestaciones del terrorismo yihadista. Así, en el capítulo 11, el profesor ORTIZ DE URBINA, tras señalar que las necesidades de comunicación que surgen en los grupos organizados generan más inconvenientes que beneficios para las organizaciones terroristas, así como que para intentar superar dicho inconveniente se ha evolucionado a la «yihad sin líder» y de ahí a los combatientes terroristas extranjeros, analiza la regulación británica, española y alemana de los tipos que castigan el autoadiestramiento (y en el caso español también el autoadocctrinamiento), y pone de manifiesto las ventajas que la última presenta sobre las dos primeras. La profesora LLOBET ANGLÍ analiza en el capítulo 12, a través de una sugerente y aguda propuesta, la posibilidad de atribuir a los conocidos como «lobos solitarios» la naturaleza de terroristas individuales. Se aborda así una de las cuestiones doctrinales de mayor relevancia en la actualidad en materia de terrorismo, por cuanto obliga a plantearse la, en absoluto sencilla, cuestión del concepto de terrorismo. El problema planteado va así más allá de la corrección o incorrección técnica de la tipificación de determinadas conductas que pueden ser consideradas protopreparatorias de futuros indeterminados delitos de terrorismo; aborda la cuestión de si se está diseñando correctamente el fenómeno del terrorismo o este se ha desdibujado hasta el extremo de considerar como tales comportamientos que son algo diferente. En el capítulo 13 el letrado BOYE TUSET analiza la prueba pericial de inteligencia, desarrollada por agentes de los cuerpos de seguridad del Estado especializados en la investigación del terrorismo, diferenciándola de la labor de inteligencia llevada a cabo por los servicios de inteligencia y de cómo su empleo afecta al derecho al debido proceso, al derecho de defensa y al de presunción de inocencia. Al respecto ha de tenerse en cuenta, como el autor pone de manifiesto, que la misma traslada al órgano jurisdiccional un saber práctico, no científico, por lo que las inferencias que la misma arroja pueden (y deberían) ser realizadas por el órgano encargado del enjuiciamiento y no por quienes elaboran dicha prueba. Es decir, cabe poner en tela de juicio la propia atribución de la naturaleza de prueba pericial a tales informes de inteligencia policial. Finalmente, el profesor Ben SAUL, en el capítulo 14, realiza un análisis de la evolución del tratamiento que Naciones Unidas ha venido dando al terrorismo, desde los convenios acordados a finales del pasado siglo a las resoluciones emanadas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el actual siglo XXI, poniendo de manifiesto que la vaguedad con la que estos instrumentos han sido redactados (la cual podría considerarse inevitable habida cuenta de su naturaleza y de la de los sujetos a los que obligan)

ha permitido que los Estados, a la hora de trasladarlos a sus respectivos ordenamientos jurídicos, en más ocasiones de las que hubiera sido deseable, hayan llegado más lejos de lo que se pretendía.

La V y última parte, la más extensa, aborda las áreas procesal, operativa (tanto policial como judicial) y de ejecución de penas en materia de terrorismo. Así, en el capítulo 15, la profesora Saskia Maria HUFNAGEL, a través de un análisis de los atentados terroristas de Bruselas, París y Berlín, pone de manifiesto uno de los problemas fundamentales en la lucha contra el terrorismo: las deficiencias existentes en el intercambio de información entre los distintos cuerpos policiales y servicios de inteligencia tanto a nivel externo de la Unión Europea (de sus países integrantes con Estados ajenos a ella) como interno (entre sus propios Estados miembros). Dado que el actual terrorismo es un fenómeno internacional, la cooperación a ese nivel resulta imprescindible si se quiere ser eficaz en la respuesta. Algunas de las formas para lograrlo pueden encontrarse en esta contribución. El profesor Paul ARNELL expone en el capítulo 16 cómo el proceso de extradición se ha ido modificando para posibilitar su aplicación a los delitos de terrorismo, y concluye que todavía habrá de seguir evolucionando para poder abarcar plenamente los *precursor crimes*. El capítulo 17, elaborado por los profesores Mark TOPPING y Mark CARROLL, analiza cómo se solventan en el Reino Unido los problemas derivados del uso de información que puede afectar a la Seguridad Nacional en los procedimientos penales por delitos de terrorismo. Así, cuestiones como los testigos protegidos, el uso de información de inteligencia como prueba judicial (materia que no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico), el estándar *neither confirm nor deny*, la publicidad del proceso o las investigaciones a través de las tecnologías de la comunicación son algunas de las cuestiones abordadas. El abogado SALELLAS I VILAR pone de manifiesto en el capítulo 18 cómo en España no solo puede afirmarse la existencia de un Derecho penal del enemigo, sino también de un Derecho procesal del enemigo en materia de terrorismo, lo cual se hace evidente en el enjuiciamiento de delitos tales como el de colaboración, autoadoctrinamiento o el de enaltecimiento. En el capítulo 19 el profesor RODRÍGUEZ HORCAJO incide en la falsedad de la dicotomía que se ha instalado en torno al fenómeno del terrorismo entre la libertad y la seguridad sobre la base de un análisis de la justificación constitucional de la imposición de un castigo por la comisión de un delito y, más concretamente, por la comisión de un delito de terrorismo. Por su parte, en el capítulo 20 el profesor Gonzalo J. BASSO reseña dos características propias de los *precursor crimes*: la vaguedad en su definición y la gravedad de sus penas. A fin de limitar el alcance de tales defectos propone atender al límite mínimo del marco penal abstracto previsto, de tal manera que los jueces puedan, cuando un determinado comportamiento enjuiciado no alcance el desvalor mínimo requerido para imponer dicho límite mínimo, declarar su irrelevancia penal. En el capítulo 21 la profesora GARRO CARRERA se plantea la cuestión de si la decisión relativa a la concesión de la libertad condicional debe depender o no de que el condenado por un delito de terrorismo muestre signos de arrepentimiento y una revisión crítica de su pasado criminal y de los problemas de legitimidad que ello comporta en relación con el derecho a no declarar contra sí mismo y no autoincriminarse y a la libertad de conciencia. Finalmente, en el capítulo 22, los profesores Florence LEE y Clive WALKER ponen de manifiesto que las graves penas previstas para los *precursor crimes* en el ordenamiento británico son aptas para cumplir los fines de retribución y de protección pública, pero olvidan otros, como el de rehabilitación. Conclusión a la que llegan tras analizar las *guideline* aplicadas en diversos casos.

Ciertamente, la obra recensionada aborda cuestiones fascinantes, y la forma en que lo hace abre la vía de debate en todas ellas. Lamentablemente, en el espacio del que se dispone no pueden abordarse todos ellos, pero sí hay dos aspectos que merecen una especial atención.

En primer lugar, que las palabras pueden ser peligrosas y generar efectos en el mundo físico es una realidad que la historia se ha encargado de demostrar. Y que los daños derivados de la comisión de un acto terrorista son muy graves tampoco creo que pueda ser puesto en tela de juicio. Precisamente por ello la sociedad reclama (en mi opinión también puede coincidirse en esto) una más temprana protección frente a aquellos. Lógicamente, cuanto más se anticipa la barrera punitiva, mayores riesgos de colisión con los derechos fundamentales, las libertades públicas y las garantías constitucionalmente reconocidas surgen. Sin embargo, siempre que ello sea posible (hay casos en los que no lo es) debemos realizar una lectura que haga dichos tipos acordes a la Constitución. Así lo obliga el principio de vigencia. Y ciertamente, como ya señalaron CUERDA ARNAU y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, esto es posible en esta clase de delitos, si bien para ello se requiere la adopción de una serie de precauciones tales como, por ejemplo, la aplicación del test del Plan de Acción de Rabat, en el que se requiere por parte del órgano jurisdiccional enjuiciador una lectura contextualizada del peligro de que el comportamiento sometido a escrutinio judicial pase a la acción, de forma tal que cuando este no concurra no pueda afirmarse su relevancia penal. Desde esta perspectiva, conviene alertar del riesgo de afectación al Estado de Derecho que estos tipos penales representan, pero tal vez debiera recapitarse con un mayor detenimiento sobre su operatividad.

El segundo aspecto que no quisiera dejar de referir es de carácter procesal: el uso que de la información de inteligencia generada por los servicios de inteligencia puede llegar a hacerse en los procedimientos penales por delitos de terrorismo. Con mayor motivo, precisamente ahora que, debido a materias tales como la responsabilidad penal de las personas jurídicas y al surgimiento de las agencias estatales antifraude, se están admitiendo las denuncias anónimas. Soy consciente de que ambas cuestiones están muy lejos de ser semejantes, pero plantean una cuestión que permite su referencia conjunta; la afectación que pueden suponer a los derechos fundamentales de la persona investigada. Es cierto que el Tribunal Supremo viene admitiendo las denuncias anónimas bajo la premisa de que la culpabilidad del imputado se termina concretando en atención a la prueba practicada en el proceso de forma acorde a los derechos fundamentales, de manera que las actuaciones preprocesales, precisamente por ser ajenas al proceso, no pueden ser tenidas en cuenta a efectos de considerar la afectación de derechos fundamentales. Sin embargo, creo que esto, o la inclusión de información de inteligencia en el proceso (con todo lo que ello implica en cuanto al secreto de las fuentes de las que se ha obtenido, al secreto de Estado y a otras prerrogativas estatales –cuya necesidad resulta indiscutible–), plantea un problema que va más allá: los efectos que las pruebas ilícitas u obtenidas con posible vulneración de derechos fundamentales en ámbitos o actuaciones extraprocesales pueden tener de cara a un procedimiento penal que se abre con posterioridad con base en ellas, actuándose, eso sí, a partir de ahí, con pleno respecto a la Constitución. La cuestión de si la conexión de antijuridicidad debería también aplicarse a estos supuestos resulta, en mi opinión, merecedora de una mayor atención de la que ha recibido por parte de la doctrina. Aunque, todo hay que decirlo, tras la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el caso conocido como la lista Falciani, no parece que nuestros tribunales sean de la misma opinión.

Concluyo como comencé: la política criminal de carácter preventivo e inocuizador adoptada en materia de terrorismo, materializada en la tipificación de conductas que no suponen todavía la realización de ningún comportamiento encaminado a la comisión de un acto terrorista concreto y el modo en que se persiguen y se juzgan ponen en riesgo los derechos fundamentales y las libertades públicas sobre las que se sustentan los Estados democráticos de Derecho. A denunciar

tal situación e intentar ponerle remedio se dedica esta obra, lo que la hace digna de una detenida atención y análisis.