

Lucha contra el terrorismo y promoción y protección de derechos humanos ante los tribunales

Orientación a jueces, fiscales y abogados sobre la aplicación de la Directiva (UE) 2017/541 de la Unión Europea relativa a la lucha contra el terrorismo



cij

Comisión
Internacional
de Juristas

La Comisión Internacional de Juristas está compuesta de 60 eminentes jueces y abogados de todas las regiones del mundo, y tiene por misión la promoción y protección de los derechos humanos a través del Estado de derecho, usando su experiencia jurídica para desarrollar y fortalecer sistemas de justicia nacionales e internacionales. Establecida en 1952, la Comisión goza de estatuto consultivo ante del Consejo Económico y Social de la ONU desde 1957 y está activa en los cinco continentes. La Comisión busca asegurar el desarrollo progresivo y la aplicación efectiva del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, asegurar los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, la salvaguardia de la separación de los poderes, y la garantía de la independencia de la judicatura y de la profesión legal.

® Lucha contra el terrorismo y promoción y protección de derechos humanos ante los tribunales:

Orientación a jueces, fiscales y abogados sobre la aplicación de la Directiva (UE) 2017/541 de la Unión Europea relativa a la lucha contra el terrorismo

© Copyright Comisión Internacional de Juristas, Noviembre 2020

La CIJ permite la reproducción libre de extractos de cualquiera de sus publicaciones siempre que se reconozca su autoría y una copia de la publicación sea enviada a la sede central de la organización a la siguiente dirección:

International Commission of Jurists
Casilla Postal 91
1211 Ginebra 8
Suiza
t: +41 22 979 38 00
www.icj.org

Esta publicación está financiada por el Programa de Justicia de la Unión Europea (2014-2020). El contenido de esta publicación representa únicamente las opiniones del autor y es de su exclusiva responsabilidad. La Comisión Europea no acepta ninguna responsabilidad por el uso que pueda hacerse de la información que contiene.



Lucha contra el terrorismo y promoción y protección de derechos humanos ante los tribunales:

Orientación a jueces, fiscales y abogados sobre la aplicación de la Directiva (UE) 2017/541 de la Unión Europea relativa a la lucha contra el terrorismo

Comisión Internacional de Juristas (CIJ)
Human Rights in Practice (HRiP)
Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM)
Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Esta guía ha sido escrita por Helen Duffy (HRiP),
Róisín Pillay y Karolína Babická (CIJ).

Noviembre 2020

Índice de Contenidos

I. Introducción	5
II. Normas de derecho internacional aplicables en la legislación y la práctica.....	7
1. Respeto y protección de los derechos humanos de todos los que se vean afectados por el proceso penal.....	7
2. Investigación y acusación adecuada de las violaciones graves y de los delitos de derecho internacional	8
a) Los Estados deben llevar a cabo investigaciones rápidas, exhaustivas e independientes de los actos graves de violencia, por parte de agentes no estatales y estatales, y pedir cuentas a las partes responsables.....	8
b) Los delitos deben ser debidamente imputados, a fin de garantizar la rendición de cuentas por los delitos internacionales graves	8
c) El enjuiciamiento penal por cargos de terrorismo debe utilizarse con moderación para la conducta y la intención delictiva suficientemente grave	9
3. Órganos judiciales nacionales, juicio y escrutinio judicial de las medidas de lucha contra el terrorismo	10
4. Derechos de las víctimas.....	10
5. Regulación de la lucha contra el terrorismo en los Estados de Emergencia y los Conflictos Armados	12
6. Los principios de derechos humanos implicados en las infracciones de la Directiva.....	13
6.1 Principio de legalidad: Nullum Crimen Sine Leg	13
6.2. Restricción de la libertad de movimiento, de expresión, de asociación, de reunión, de intimidad, de vida privada y familiar, derecho a la participación política: Objetivo legítimo, necesidad y proporcionalidad.....	16
6.3 No discriminación	17
III. Delitos contemplados en la Directiva	19
1. Delitos de terrorismo.....	19
Orientación	19
Comentario	20
2. Dirección y participación en un grupo terrorista	22
Orientación	22
Comentario	23
3. Provocación pública para cometer un delito de terrorismo	24
Orientación	24
Comentario	24
4. Captación para el terrorismo	27
Orientación	27
Comentario	28
5. Adiestramiento y recepción de adiestramiento para el terrorismo	28
Orientación	29
Comentario	29
6. Viaje con fines terroristas	30
Orientación	30
Comentario	31
7. Organización o facilitación de viajes con fines terroristas.....	33
Orientación	33
Comentario	33
8. Financiación del terrorismo	34
Orientación	34
Comentario	34
9. Complicidad, inducción y tentativa	35
Orientación	35
IV. Los derechos de los sospechosos en el proceso penal: investigación, enjuiciamiento y juicio	36
1. Investigación y recopilación de pruebas	36
2. Detención en casos de lucha contra el terrorismo.....	39
3. Jucio imparcial ante un tribunal independiente e imparcial.....	41
4. Sentencia	44
5. Los niños en el proceso penal	45
6. Cooperación judicial	46

I. Introducción

El 15 de marzo de 2017 la Unión Europea (UE) aprobó la [Directiva \(UE\) 2017/541 sobre la lucha contra el terrorismo](#) ("la Directiva"), con fecha límite para su transposición al derecho interno de septiembre de 2018. La Directiva tiene por objeto principal ampliar el ámbito de aplicación del derecho penal de los Estados miembros a las amenazas y actividades relacionadas con el terrorismo dentro de la UE. De este modo, abarca una amplia variedad de delitos de terrorismo, algunos previamente reconocidos en los marcos jurídicos internacionales y (la mayoría) de los nacionales, y otros más innovadores. Entre ellos figuran, por ejemplo, los delitos relacionados con actos terroristas (artículo 3), la financiación (artículo 11) y el adiestramiento de terroristas (artículo 7), así como los delitos 'conexos' de 'provocación pública' al terrorismo (considerando 10/artículo 5), 'recepción' de adiestramiento (artículo 8), 'viajes al extranjero con fines de terrorismo' (artículo 9), y la contribución y complicidad, la incitación, la tentativa o la facilitación de dichos delitos (artículos 10, 14).

Las palabras "terrorista" y "terrorismo" se utilizan en el presente documento únicamente para referirse y reproducir su uso en la Directiva y otras leyes a las que se hace referencia. No se utilizan necesariamente en un sentido jurídico, ya que no hay una definición universal del terrorismo. El Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin en su informe de 2010, [Doc. ONU A/HRC/16/51](#):

"Se entenderá por terrorismo todo acto o tentativa de acto en que:

- (1) El acto: a) Está constituido por tomade rehenes intencionada; o b) Se proponga causar la muerte o lesiones corporales graves a una o más personas o a partes de la población; o c) Entrañe el recurso a la violencia física con efecto mortal o contra una o más personas o partes de la población; y
- (2) El acto o la tentativa deben ejecutarse con la intención de: a) Provocar un estado de terror entre la población en general o partes de ella; u b) Obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer algo o abstenerse de hacerlo;
- (3) El acto debe corresponder a: a) la definición de delito grave contenida en la legislación nacional promulgada con el propósito de ajustarse a los convenios y protocolos internacionales relativos al terrorismo o a las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas al terrorismo; o b) Debe contener todos los elementos de delito grave definido por la legislación nacional".

La Directiva ha sido criticada debido al precipitado proceso de su adopción, su alcance y sus implicaciones en materia de derechos humanos. No cabe duda que plantea problemas a los sistemas nacionales (en primer lugar a los legisladores nacionales y, a su vez, a los fiscales y jueces de instrucción y al poder judicial) para garantizar una aplicación en consonancia con los derechos humanos y el estado de derecho.

La obligación de garantizar la aplicación de forma coherente con las demás obligaciones de los Estados en virtud de las normas internacionales de derechos humanos y el derecho humanitario se consagra explícitamente en la Directiva:

"La presente Directiva debe aplicarse con arreglo a los derechos y principios citados, teniendo en cuenta también el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otras obligaciones en materia de derechos humanos establecidas en virtud del Derecho internacional (Considerando 35)."

La Directiva siguió [la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de la ONU \(SCRes2178\)](#) y el [Additional Protocol to the Council of Europe's Convention on the Prevention of Terrorism \(2015\)](#), cuyo objetivo es aplicar la SCRes2178 dentro del marco jurídico del Consejo de Europa. También refleja elementos de resoluciones anteriores como las resoluciones SCRes 1624, 1456 o 2462 (2019). Cada una de esas resoluciones e instrumentos también explicita la necesidad de que su aplicación sea compatible con las normas internacionales de derechos humanos. Dichas resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU disponen que las medidas de lucha contra el terrorismo deben "cumplir todas las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular las normas internacionales de derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario".

Las presentes Directrices se centran en la interpretación judicial apropiada y en la aplicación de la Directiva en la práctica durante todo el proceso de investigación y enjuiciamiento, de manera coherente con las leyes y normas internacionales y de la Unión Europea en materia de derechos humanos. La Directiva plantea muchas cuestiones de derechos humanos, que plantean complejos desafíos a los jueces, fiscales y abogados. La amplitud e indeterminación de muchos de los delitos consagrados en la Directiva plantean preocupaciones fundamentales en cuanto a la compatibilidad con el principio de legalidad -consagrado en el artículo 49 de la Carta de la UE, el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)

6 | Lucha contra el terrorismo y promoción y protección de derechos humanos ante los tribunales: Orientación a jueces, fiscales y abogados sobre la aplicación de la Directiva (UE) 2017/541 de la Unión Europea relativa a la lucha contra el terrorismo

y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y a través de los sistemas nacionales, como se expone en la sección III.

La naturaleza de determinados delitos de la Directiva (véase más adelante en la sección III) también suscita tensiones con una serie de otros derechos, como la libertad de expresión, asociación, protesta, circulación e igualdad, como se examina más adelante. Además, los delitos conexos o incipientes o los modos de responsabilidad, como la facilitación, la ayuda y la incitación, tal como se han incorporado al derecho interno, corren el riesgo de socavar aún más el ejercicio de los derechos humanos y suscitan graves preocupaciones en cuanto a sus límites y consecuencias. En virtud de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (artículo 52.1), así como del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que son vinculantes para todos los Estados miembros de la UE, algunos de estos derechos no son absolutos y, de hecho, pueden ser objeto de limitación o derogación a efectos de seguridad nacional. Sin embargo, cualquier restricción a los mismos debe estar prescrita por una ley que sea clara y accesible, en atención a un propósito legítimo como es la seguridad nacional, e interpretada y aplicada para garantizar que la injerencia sea estrictamente necesaria y proporcionada para lograr ese propósito (sección II.5). Corresponde al Estado demostrar que se cumplen esas condiciones y que las onerosas consecuencias de recurrir al derecho penal, y las sanciones concretas que se impongan, están justificadas en el caso concreto.

En el contexto de la investigación y el enjuiciamiento de los delitos previstos en la Directiva surgen muchas otras obligaciones en materia de derechos humanos, entre ellas el respeto a los derechos a la intimidad, la libertad y el juicio imparcial, que se abordan en la sección II.6. Como la práctica ya pone de manifiesto, la investigación y el enjuiciamiento de los delitos previstos en la Directiva tienen múltiples consecuencias que se entrecruzan con los derechos de determinados grupos, incluidos los menores cuyo interés superior merece especial protección. Se debe prestar cuidadosa atención para garantizar que el proceso penal no sea discriminatorio en la ley o en la práctica, incluso, por ejemplo, en los métodos de investigación y en la reunión y utilización de las pruebas en que se basa. Como reconoce el Equipo Especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo, se debe prestar atención a las distintas partes del proceso dentro del contexto específico (ya sea en relación con la detención, el juicio o la expulsión de una persona) para garantizar la imparcialidad, razonabilidad, la ausencia de arbitrariedad y la necesidad y proporcionalidad de cualquier limitación de derechos de la persona en cuestión (Grupo de Trabajo sobre la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo del Equipo Especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo, Guía de referencia sobre derechos humanos básicos: [Basic Human Rights Reference Guide: Right to a Fair Trial and Due Process in the Context of Countering Terrorism](#), 2014, p.4).

La primera línea de defensa contra el exceso de legislación penal son las legislaturas nacionales, que deben definir los delitos penales de manera precisa y coherente con el derecho internacional. Sin embargo, en última instancia es responsabilidad del poder judicial interpretar y aplicar la ley de forma coherente con los derechos humanos y los principios del estado de derecho, y proveer la supervisión inherente a la justicia penal propia de un estado de derecho. En aquellos casos en que la legislación adolece de defectos intrínsecos que impiden que sea interpretada de esta manera, puede corresponder a los tribunales declarar ciertas leyes inconstitucionales o incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales.

La presente Orientación se centra en el papel de los poderes judiciales en la interpretación y aplicación de la Directiva de manera coherente con la legislación de la UE y el derecho internacional de derechos humanos. El papel esencial de un poder judicial independiente y de los juristas en la protección efectiva de los derechos humanos y el mantenimiento del estado de derecho, sin discriminación, se ha afirmado, por ejemplo, en los Principios Básicos de la ONU relativos a la Independencia del Poder Judicial, los Principios Básicos de la ONU sobre la Función de los Abogados y las Directrices de la ONU sobre el Papel de los Fiscales. Como ha demostrado la experiencia de las últimas décadas, el poder judicial desempeña un papel fundamental como garante de los derechos humanos y del estado de derecho en el contexto de la lucha contra el terrorismo, a través de la interpretación judicial de la constitucionalidad y la legalidad del reglamento y la apreciación de la legalidad y la equidad en el caso concreto. En los diversos sistemas jurídicos, de diversas formas, es mediante jueces independientes e imparciales que interpretan la legislación nacional de manera coherente con los compromisos de las normas internacionales de derechos humanos que se da efecto a los derechos humanos en la práctica y se protegen las salvaguardias procesales esenciales (*The Berlin Declaration*, Comisión Internacional de Juristas (CIJ), 2004).

A su vez, los fiscales, en la forma en que interpretan el derecho penal, formulan los cargos, aplican las políticas de investigación y enjuiciamiento y (a distintos niveles en algunos Estados miembros) ejercen su facultad discrecional de decidir si se debe enjuiciar y cuándo se debe hacerlo, desempeñarán un papel fundamental para determinar si la Directiva se aplica de manera coherente con los derechos humanos o si menoscaba esos derechos y el proceso de justicia penal. "Los fiscales, de conformidad con la ley, deberán

cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a garantizar el proceso debido y el buen funcionamiento del sistema judicial penal” (directrices sobre la función de los fiscales, ACNUDH, 1990, ap. 12).

Otros profesionales del derecho penal son también claramente indispensables para representar, asesorar y asegurar que los derechos del acusado, y los derechos de las víctimas del terrorismo, se respeten en todas las etapas del proceso.

La presente guía se redactó como parte del [proyecto JUSTICIA](#), puesto en marcha por la Comisión Internacional de Juristas y varios colaboradores nacionales e internacionales (Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa en Italia y Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) en los Países Bajos, así como Human Rights in Practice (HRiP) como colaborador internacional, con el apoyo adicional de los colaboradores asociados: Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEL), Juezas y Jueces para la Democracia en España, Neue Richtervereinigung en Alemania). Se basa en cuatro mesas redondas de expertos celebradas en 2019 en toda la UE (en Pisa, [La Haya](#), [Madrid](#) y [Bruselas](#)) con jueces, abogados, fiscales y otros interesados pertinentes de diversos Estados miembros de la UE, así como en estudios nacionales y consultas con jueces, abogados y fiscales de Bélgica, los Países Bajos, Alemania, España, Italia y Francia.

El contenido de la presente Orientación deriva en gran medida de la experiencia que los jueces y abogados han compartido durante dicha serie de consultas en cuanto a los importantes retos que plantea la adopción de un enfoque del derecho penal en la esfera de la lucha contra el terrorismo y su determinación de hacerles frente. La Guía no pretende ser exhaustiva, sino más bien aportar un documento práctico que realce (mediante recomendaciones y explicaciones de apoyo) las más cruciales entre las numerosas cuestiones sobre derechos humanos que surgen comúnmente de la legislación reguladora de la lucha contra el terrorismo, los procedimientos y la práctica en el contexto de la aplicación y el enjuiciamiento de los delitos previstos en la Directiva.

II. Normas de derecho internacional aplicables en la legislación y la práctica

1. Respeto y protección de los derechos humanos de todos los que se vean afectados por el proceso penal

Orientación:

En aplicación de la Directiva, los derechos humanos de los sospechosos, los acusados y las víctimas deben respetarse y garantizarse en todas las etapas del proceso, incluso durante la investigación, el enjuiciamiento, el juicio y la condena de todos los delitos. Los fiscales y jueces deben tener en cuenta el conjunto de derechos humanos implicados, directa e indirectamente, en el enjuiciamiento de los delitos previstos en la Directiva.

Comentario: De conformidad con el artículo 23 y los considerandos 22 y 35 de la Directiva, y demás obligaciones internacionales en sentido amplio, es imperativo que los fiscales y jueces, en sus respectivas funciones, garanticen que la Directiva y demás legislación aplicable se apliquen de conformidad con los derechos humanos internacionales en cada etapa del proceso penal. La legitimidad y eficacia de ese proceso depende del respeto a las víctimas -cuyos derechos pueden haberse visto profundamente afectados por graves actos de terrorismo y que también se verán afectados por el proceso penal (véase la sección II.4) -así como de derechos de los sospechosos, acusados y otras personas implicadas en proceso penal.

Los derechos en cuestión incluyen obviamente el principio fundamental de legalidad, así como la libertad de expresión, asociación, reunión, privacidad, libertad de circulación e igualdad, que se ven directamente afectados por el alcance y la naturaleza de los delitos de la Directiva (véase más adelante la sección III). También incluyen múltiples derechos, incluidos los que se derivan del derecho a un juicio equitativo y el derecho a la libertad, que pueden verse comprometidos durante la investigación y el juicio de los delitos de terrorismo (véase la sección IV). Sin embargo, también incluye tener en cuenta el impacto *indirecto* del proceso penal en toda una serie de derechos de los demás, incluidos los derechos civiles, económicos, políticos y sociales de los menores, los miembros de la familia y las comunidades que son víctimas del terrorismo o corren el riesgo de ser estigmatizados por la criminalización. Como se ha señalado, el proceso penal puede tener repercusiones para la adopción de otras medidas administrativas, incluida la privación de ciudadanía, con consecuencias nefastas para los derechos humanos.

8 | Lucha contra el terrorismo y promoción y protección de derechos humanos ante los tribunales: Orientación a jueces, fiscales y abogados sobre la aplicación de la Directiva (UE) 2017/541 de la Unión Europea relativa a la lucha contra el terrorismo

El amplio impacto de la criminalización exige que se tenga conciencia del potencial "efecto paralizador" en, por ejemplo, la libertad de expresión, el compromiso y la participación democrática y la educación, en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de algunos de los delitos de la Directiva. A su vez, también debe considerarse el impacto negativo del abuso de los derechos y la injusticia dentro del derecho penal. Está ya bien establecido que las violaciones de los derechos humanos, incluso en el sector penal, menoscaban la eficacia de la lucha contra el terrorismo y son contraproducentes. Si bien un proceso penal que cumpla con altos estándares de justicia puede ayudar a deslegitimar los crímenes graves, un creciente conjunto de pruebas muestra cómo los agravios del Estado, incluso en el curso de los procesos judiciales penales, se han utilizado como instrumentos de propaganda, fomentando condiciones propicias para el reclutamiento o el apoyo a organizaciones terroristas (Programa de la ONU para el Desarrollo (PNUD), "Journey to Extremism in Africa: Drivers, Incentives, and the Tipping Point for Recruitment", 2017 ; "Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of 'Foreign Terrorist Fighters within a Human Rights Framework", OSCE (ODIHR), 2018). Por consiguiente, la legalidad y la eficacia del sistema judicial penal están interrelacionadas.

2. Investigación y acusación adecuada de las violaciones graves y los delitos de derecho internacional

a) Los Estados deben llevar a cabo investigaciones rápidas, exhaustivas e independientes de los actos graves de violencia, por parte de agentes no estatales y estatales, y pedir cuentas a los responsables.

Los actos de terrorismo suelen menoscabar el disfrute de los derechos de las víctimas del terrorismo y pueden incluso constituir delitos de derecho internacional lo que significa que los Estados tienen obligación jurídica internacional de investigar eficazmente y de exigir responsabilidades penales a los autores. Como subraya abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la realización de investigaciones rápidas, exhaustivas e independientes de las violaciones y abusos graves de los derechos humanos por agentes no estatales y estatales, y someter a los responsables a un proceso penal justo es un requisito legal, no una mera opción política (véase *Tagayeva v. Rusia*, TEDH, Solicitud N.º 26562/07, Sentencia del 10 de abril de 2012). Los Estados, en virtud del derecho internacional, tienen obligación de investigar y enjuiciar, lo cual corresponde al derecho de las víctimas a la reparación, la verdad y la rendición de cuentas.

Los jueces y fiscales desempeñan un papel importante para garantizar procesos eficaces e imparciales que hagan efectivas esas obligaciones. Si bien el terrorismo no es en sí mismo un delito tipificado en el derecho internacional, dichos actos pueden constituir otros delitos graves con arreglo al derecho internacional, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra. La investigación y la rendición de cuentas de dichos delitos es una prioridad internacional, que refleja los deberes de los Estados con respecto a la verdad y la imputabilidad (véase ONU, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Doc. ONU E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005; *Guidelines on eradicating impunity for serious human rights violations*, 2011; Estatuto de Roma de la CPI, preámbulo sobre los deberes de los Estados, 1998; ; *International Law and the Fight Against Impunity – A Practitioners Guide*, CIJ, 2015).

b) Los delitos deben ser debidamente imputados, a fin de garantizar la rendición de cuentas por los delitos internacionales graves

Debe prestarse cuidadosa atención a la imputación apropiada, para reflejar la naturaleza y la gravedad de los crímenes en cuestión. Se debe dar prioridad al enjuiciamiento de los crímenes más graves. En la medida en que la conducta constituya un delito con arreglo al derecho internacional, como los crímenes de guerra o los crímenes de lesa humanidad, siempre que sea posible deben ser enjuiciados como tales. La práctica de numerosos Estados en los últimos años refleja una tendencia a proceder con cargos de "terrorismo" en lugar de crímenes de guerra. Esta tendencia puede deberse en parte al hecho de que ciertos delitos de terrorismo internos pueden ser más fáciles de probar en contextos en los que el acceso a las pruebas y al lugar de los hechos es difícil (como los delitos presuntamente cometidos en el extranjero y/o en zonas de conflicto). Si bien no se pueden subestimar estos retos, se debe invertir en superarlos mediante investigaciones eficaces y la cooperación internacional (véase más adelante la sección IV sobre la recogida de pruebas). Cuando los actos cometidos en el contexto de un conflicto armado impliquen dirigir ataques contra civiles o infligir terror a la población civil, ello constituirá un crimen de guerra y deberá ser imputado. Además, la participación en un conflicto armado en sí no debe ser calificada de terrorismo cuan-

do el comportamiento se ajusta a las normas del derecho internacional humanitario. En 2019, el Tribunal de Bruselas decidió que cuando se consideraba que los combatientes eran parte en un conflicto armado no internacional con otro Estado, no se aplicaban las disposiciones sobre terrorismo de la legislación belga. Por consiguiente, el Tribunal también evitó analizar si el grupo en cuestión era un grupo terrorista (Tribunal de Apelación, 8 de marzo de 2019, N.º 2019/939, ap. 36). Cuando los actos de terrorismo se producen fuera de la situación general de conflicto armado definida en el derecho internacional, no será apropiado calificarlos como crímenes de guerra.

Exponer y castigar la comisión de crímenes de guerra sirve para múltiples propósitos, incluyendo la reparación de las víctimas (que requiere reconocimiento, verdad, responsabilidad y medidas para aprender del pasado y asegurar la no repetición) (ONU, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation; The right to a remedy and reparation for gross human rights violations – A Practitioners Guide*, CIJ, 2018). Los enjuiciamientos por terrorismo con arreglo a la Directiva no deberían ser una alternativa fácil al papel principal de los tribunales nacionales de hacer cumplir el derecho penal internacional con respecto a los crímenes más graves. Una serie de ejemplos recientes de enjuiciamientos nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad demuestran la posibilidad de que en la práctica se exija a los miembros de grupos terroristas que rindan cuentas por crímenes graves con arreglo al derecho penal internacional establecido (*Cumulative Prosecution of Foreign Terrorist Fighters for Core International Crimes and Terrorism-Related Offences*, Eurojust y Red Europea de Cooperación contra el Genocidio, 2020; véanse los casos de Alemania: Oberlandesgericht Düsseldorf, 5 StS 2/19, Sentencia de 17 de diciembre de 2019; Oberlandesgericht Frankfurt 5, 3 StE 4/16, Sentencia de 8 de noviembre de 2016).

c) El enjuiciamiento penal por cargos de terrorismo debe utilizarse con moderación para la conducta y la intención delictiva suficientemente grave

Los enjuiciamientos por terrorismo sólo deben iniciarse por conductas delictivas suficientemente graves, y nunca por contribuciones de *minimis* o por conductas que no sean “de verdadera naturaleza terrorista” (informe del Relator Especial). El derecho penal es en sí mismo un instrumento de peso que debe utilizarse con moderación y de conformidad con los principios del derecho penal (véase más abajo el *ultimo ratio*). Debe respetar siempre el principio de proporcionalidad del derecho penal y los derechos humanos.

En la práctica, la decisión de imputar un delito de “terrorismo” puede acarrear una serie de consecuencias en todos los Estados europeos y fuera de ellos: procedimientos especiales, normas de protección menos estrictas, recurso automático o frecuente a la detención administrativa, a veces en centros de detención alternativos y en condiciones inferiores a las normales, y, en última instancia, penas más severas. La existencia de niveles inferiores de protección puede incentivar o incluso presionar para utilizar la legislación sobre el terrorismo en lugar de otras leyes penales. En términos prácticos y políticos, una investigación, acusación o enjuiciamiento por terrorismo puede tener serias consecuencias que van más allá del proceso penal propiamente dicho, entre ellas la estigmatización del acusado y de otras personas, medidas administrativas que pueden aplicarse incluso después de la absolución o del cumplimiento de las sentencias, e incluso la pérdida de la ciudadanía.

El derecho penal pierde su autoridad y legitimidad si no se dirige y aplica de manera equitativa y con moderación, limitado por los propios principios del derecho penal y los derechos humanos. Además, para que el delito de “terrorismo” conserve su importancia distintiva es esencial que su ámbito no sea tan amplio como para abarcar los delitos que se abordan adecuadamente como delitos de derecho penal ordinario. Si bien esto debe quedar salvaguardado en la ley, también es esencial que los fiscales y los jueces se aseguren de que en el caso concreto se justifique el recurso al proceso penal, que se justifiquen los cargos relacionados con el terrorismo y que las consecuencias para los derechos humanos sean proporcionales a la conducta culpable y la intención del individuo (véase II.6 infra).

La eficiencia en el uso de investigadores, fiscales o jueces especializados también favorecen la limitación de los enjuiciamientos relacionados con el terrorismo a la conducta delictiva grave.

3. Órganos judiciales nacionales, juicio y escrutinio judicial de las medidas de lucha contra el terrorismo

Orientación:

Los jueces nacionales tienen una función y una responsabilidad decisivas como garantes del estado de derecho y de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo. La intervención de la autoridad judicial para garantizar el cumplimiento por el Estado de las normas internacionales de derechos humanos es fundamental. El poder judicial interpreta y aplica la legislación nacional de conformidad con las obligaciones de la Unión Europea y el derecho internacional en materia de derechos humanos, y deja sin efecto las leyes que son intrínsecamente incompatibles con dichas obligaciones. Los jueces pueden incluso aplicar la legislación nacional que excede de la protección de la legislación internacional de derechos humanos.

Comentario: Como órgano del Estado, un acto (u omisión) del juez que sea incompatible con el derecho internacional, colocará al Estado en violación de sus obligaciones jurídicas internacionales (Art 4 Artículos de la CDI). En lo que respecta a los tratados de derechos humanos, "Todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y demás autoridades públicas o gubernamentales, sea cual fuere su rango —nacional, regional o local— están en condiciones de comprometer la responsabilidad del Estado (...)" (CDH, [Observación general N.º 31](#), documento de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, ap. 4).

Por consiguiente, los jueces deben conocer los derechos humanos internacionales y el derecho y las normas de la UE aplicables al Estado y garantizar que sus decisiones sean coherentes con dichas obligaciones ([Legal Commentary to the ICJ Geneva Declaration](#), CIJ, 2011).

Cuando los jueces se enfrenten a un aparente conflicto entre el derecho nacional e internacional y el derecho de la Unión Europea, deben utilizar todos los medios y técnicas judiciales o la discrecionalidad de que dispongan para evitar la posible violación, incluidas las técnicas de interpretación, las doctrinas constitucionales, los recursos o las referencias. Si bien los procesos de impugnación y anulación de la ley varían entre los sistemas europeos, si el juez determina que una violación sería una consecuencia inevitable de la aplicación de la ley nacional, ésta no debería aplicarse. El juez debe entonces aclararlo al individuo, a su abogado y al gobierno, aportando las razones.

4. Derechos de las víctimas

Directiva (UE) 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo

Considerando 30

(30) Los Estados miembros deben garantizar que todas las víctimas del terrorismo tengan acceso, en el Estado miembro en que se cometió el delito de terrorismo, a información sobre los derechos de las víctimas y a los servicios de apoyo y los sistemas de indemnización disponibles. Los Estados miembros afectados deben adoptar las medidas necesarias para promover la cooperación entre ellos, con el fin de garantizar que las víctimas del terrorismo que residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se haya cometido el delito de terrorismo tengan acceso efectivo a dicha información. Además, los Estados miembros deben garantizar que las víctimas del terrorismo tengan acceso a servicios de apoyo a largo plazo en el Estado miembro de residencia, aun cuando el delito de terrorismo se haya cometido en otro Estado miembro.

Los artículos 24 a 26 de la Directiva abarcan la asistencia y el apoyo a las víctimas del terrorismo, la protección de las víctimas del terrorismo y los derechos de las víctimas del terrorismo residentes en otro Estado miembro.

Orientación:

Los jueces y los abogados deben velar por que las víctimas del terrorismo tengan acceso a la justicia, a un trato justo y a los recursos pertinentes.

Los jueces y abogados deben velar por que todas las posibles víctimas del terrorismo dispongan de información y procedimientos eficaces con miras a la búsqueda de soluciones que tengan en cuenta tanto a las necesidades de los menores como las cuestiones de género.

Comentario:

Se entiende por víctima del terrorismo la definida en el artículo 2 de la Directiva 2012/29/UE, es decir, toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en particular lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causados por un delito de terrorismo, o el familiar de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito de terrorismo y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona.

Considerando 27 Directiva (UE) 2017/541

Los Estados tienen el deber de respetar y hacer respetar los derechos de todos los que se encuentran bajo su jurisdicción. Esto incluye las obligaciones positivas de los Estados de adoptar todas las medidas posibles para protegerse de los actos de violencia y, cuando existan víctimas de la violencia terrorista, de respetar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. La investigación y el enjuiciamiento penales de los responsables de violaciones graves pueden ser un vehículo importante para hacer efectivos los derechos de dichas víctimas. El derecho de las víctimas a acceder a la justicia también está reconocido en los tratados de derechos humanos (p.ej. Artículo 6 CEDH). Las víctimas de violaciones por parte de los Estados, ya sea por acción u omisión, también tienen derecho a un recurso efectivo contra los Estados responsables de las violaciones de sus derechos (por ejemplo, artículo 13 del CEDH, artículo 2, apartado 3, del PIDCP).

Los recursos comportan el derecho de la víctima a acceder a la información pertinente relativa a las violaciones y a los mecanismos de reparación (*GA res 60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, VII., a interponer recursos y obtener reparaciones, 16 de diciembre de 2005*).

Los derechos de las víctimas de delitos en sentido amplio, también deben respetarse. Éstos se reconocen en la **Directiva sobre los derechos de las víctimas (Directiva UE 2012/29/EU)**, y en otros instrumentos como la Declaración de la ONU sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. **La Directiva sobre los derechos de las víctimas** estipula que su finalidad es "garantizar que las víctimas de delitos reciban la información, el apoyo y la protección adecuados y puedan participar en los procesos penales. Los Estados miembros velarán por que se reconozca a las víctimas y se les trate de **manera respetuosa, sensible, adecuada, profesional y no discriminatoria** (...). Los derechos establecidos en la Directiva se aplicarán a las víctimas de manera no discriminatoria, incluso en lo que respecta a su estatuto de residencia" (Artículo 1, apartado 1).

Las víctimas deben ser tratadas en todas las fases con **compasión y respeto por su dignidad, y recibir el apoyo necesario para hacer efectivos sus derechos**. Tienen derecho a acceder a los mecanismos de justicia y a una pronta reparación, según lo dispuesto en la legislación nacional, por el daño que hayan sufrido. Se deben establecer mecanismos judiciales y administrativos y fortalecerlos cuando sea necesario para que las víctimas puedan obtener reparación mediante procedimientos formales e informales que sean rápidos, justos, económicos y accesibles. Se debe informar a las víctimas de sus derechos a la hora de solicitar una reparación a través de dichos mecanismos (ONU, *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, Doc. ONU A/RES/40/34, 1985, ap. 4-5).

Las víctimas tienen derecho a la información respecto a las investigaciones y el juicio, y las normas de la ONU sobre las mejores prácticas indican que se les debe permitir participar en el proceso, pedir permiso para hablar y solicitar una indemnización por su pérdida. A menudo, en la práctica, las víctimas no pueden acceder a la justicia o participar plenamente en el proceso de justicia penal por diversas razones, entre ellas la falta de conocimiento de sus derechos y las condiciones socioeconómicas, culturales, lingüísticas u otras condiciones locales. A fin de abordar esta cuestión, uno de los objetivos primordiales de todo sistema legal judicial penal eficaz debería ser identificar oportunamente a todas las víctimas afectadas e informarles de su derecho a acceder a la justicia (UNODC, Buenas prácticas de apoyo a las víctimas del terrorismo en el marco de la justicia penal, 2015, aps. 119 y 120).

Véase también *Human Rights of Victims of Terrorism A Compilation of Selected International Sources, CIJ, 2019*.

5. Regulación de la lucha contra el terrorismo en los Estados de Emergencia y los Conflictos Armados

- a) **Cuando los delitos contemplados en la Directiva se aplican en estados de emergencia y en virtud de la derogación de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos, los jueces deben garantizar que el derecho internacional de los derechos humanos se aplica más allá de los términos estrictos de la derogación. Los derechos inderogables, como la legalidad (*nullum crimen sine lege*), el derecho a no ser sometido a torturas y otros malos tratos, el núcleo de un juicio imparcial y las salvaguardias procesales básicas durante la detención, deben respetarse en todo momento. Las limitaciones de otros derechos pueden aplicarse en la medida en que lo exija el propósito de la emergencia, y toda limitación debe interpretarse en sentido estricto. Ningún derecho podrá ser suspendido en su totalidad.**
- b) **En los conflictos armados, el derecho internacional humanitario (DIH) se aplica junto con el derecho internacional de los derechos humanos para regir la conducta de las partes en el conflicto. La conducta asociada a un conflicto armado, que es coherente con el DIH no debe enjuiciarse como terrorismo. Las conductas que constituyen crímenes de guerra deben ser enjuiciadas como tales.**

Comentario:

a) En virtud del derecho internacional de los derechos humanos, las excepciones a determinadas obligaciones en materia de derechos humanos sólo se permiten en estados de emergencia proclamados oficialmente, cuando la guerra u otra emergencia pública amenace la vida de la nación (Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 15 CEDH). Cualquier derogación de este tipo debe ser excepcional y temporal, debe estar en conformidad con la legislación nacional y ser coherente con otras obligaciones de derecho internacional, y debe ser estrictamente necesaria, proporcionada y limitada para hacer frente a una amenaza específica a la vida de la nación (véase además: [Legal Commentary to the ICJ Berlin Declaration](#), págs. 28 a 32). “[E]l mero hecho de que una derogación permisible de una disposición específica pueda, por sí misma, justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que se demuestre que las medidas específicas adoptadas en virtud de la derogación también son necesarias por las exigencias de la situación. En la práctica, esto garantizará que ninguna disposición (...), por muy válidamente que se derogue, sea totalmente inaplicable al comportamiento de un Estado (...)” (CCPR, [Observación General N.º 29](#), Doc. de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001, ap. 4).

Las excepciones no deben afectar a los derechos inderogables en virtud del derecho de los tratados o del derecho consuetudinario y las prohibiciones de *jus cogens*. Entre los derechos inderogables figuran el derecho a la vida; el derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a no ser sometido a esclavitud ni a servidumbre; el derecho a no ser objeto de desaparición forzada; el derecho a no ser encarcelado por el incumplimiento de una obligación contractual; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en todas partes; el derecho a no ser condenado por actos que, en el momento en que se cometieron, no constituían delitos con arreglo al derecho nacional o internacional; y el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Se ha considerado que ciertos derechos y obligaciones que no son expresamente inderogables en virtud del CEDH y del PIDCP constituyen garantías esenciales aplicables en todo momento: entre ellas figuran las garantías fundamentales del derecho a un juicio imparcial, el derecho a impugnar la legalidad de la propia detención y, de manera más general, la prohibición de la detención arbitraria, las garantías procesales básicas (como el rápido acceso a los abogados y los tribunales tras la detención) y el derecho a un recurso efectivo (por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH de la ONU), [Observación General N.º 29](#)).

Es esencial para la legitimidad de la derogación que exista una supervisión judicial efectiva de la justificación de esas disposiciones de emergencia, así como de la naturaleza de los derechos derogados. Ello implica determinar si existe “una situación excepcional de crisis o emergencia que afecta a toda la población y constituye una amenaza para la vida organizada de la comunidad que compone el Estado” ([Lawless c. Irlanda](#), TEDH, Solicitud N.º 332/57, Sentencia de 14 de noviembre de 1960; [A y otros c. Reino Unido](#), TEDH, Solicitud N.º 3455/05, Sentencia de 19 de febrero de 2009). Sin embargo, la función judicial suele ser fundamental en relación con la evaluación de si determinadas medidas están justificadas como estrictamente necesarias y proporcionadas en virtud de dicha emergencia, y no discriminatorias (véase además, [Legal Commentary to the ICJ Geneva Declaration](#), CIJ, 2011, Principio 4).

Los jueces deben garantizar la protección de los derechos inderogables en todo momento, incluso en lo que respecta a la falta de claridad y especificidad del derecho penal, la protección contra la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes y la protección contra la detención arbitraria y los juicios injustos.

b) El derecho internacional humanitario (DIH), junto con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional (DPI), establece normas internacionales aceptadas que rigen la conducta que se lleva a cabo durante un conflicto armado y en relación con él. Las situaciones de terrorismo no deben confundirse con las situaciones de conflicto armado. Un conflicto armado sólo existe cuando hay una intensidad suficiente de hostilidades y un grado de organización de las partes en dichas hostilidades (*Assessing Damage, Urging Action – Report on the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights*, CIJ, 2009, págs. 53-56).

Como lo subrayan la resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad y la mayoría de las demás resoluciones y tratados del Consejo de Seguridad en el ámbito de la lucha contra el terrorismo en los últimos años, los Estados deben interpretar y dar efecto a sus obligaciones en materia de lucha contra el terrorismo de manera coherente con el DIH. Por consiguiente, la interpretación y el enjuiciamiento de los actos de terrorismo no deben socavar el funcionamiento efectivo del DIH. Esto se refleja en el considerando 37 de la Directiva, que estipula que la Directiva no rige las actividades de las fuerzas armadas durante los períodos de conflicto armado, las cuales se rigen por el derecho internacional humanitario.

Como han subrayado entre otros el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), los actos ilícitos de terrorismo deben distinguirse, por lo tanto, de la participación en un conflicto por parte de personas que respetan los términos del DIH. Las violaciones del DIH son las que deben ser perseguidas, idealmente como crímenes de guerra (véase más adelante la sección III.1 sobre el artículo 3 de la Directiva). Como determinó un tribunal belga, “si los participantes en un conflicto armado luchan a sabiendas de que en cualquier caso serán objeto de enjuiciamiento con arreglo al derecho penal común o a la legislación sobre terrorismo, no hay ningún incentivo para cumplir (al menos) con el derecho internacional humanitario” (Tribunal de Apelación de Gante, decisión del caso 939/2019, 8 de marzo de 2019, 26-27).

6. Los principios de derechos humanos implicados en los delitos de la Directiva

6.1 Principio de legalidad: *Nullum Crimen Sine Lege*

El principio de legalidad, que comprende múltiples elementos, que exponemos a continuación vulnerable a la aplicación de las infracciones de la Directiva. Requiere la no retroactividad (*lex previae*), la seguridad y claridad jurídicas (*lex certa*) y la aplicación e interpretación estricta del derecho penal (*lex stricta*). El principio se refleja en todos los sistemas nacionales e internacionales (por ejemplo, el artículo 7, apartado 1, del CEDH, el artículo 11, apartado 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 15 del PIDCP, el artículo 49 de la Carta de la UE, los artículos 22 (*nullum crimen sine lege*) y 23 (*nulla poena sine lege*) del Estatuto de la CPI). Por consiguiente, se trata de un derecho protegido por el derecho internacional y uno de los principios básicos del derecho penal, del que depende la legitimidad de las respuestas de la justicia penal.

Especialmente a la luz de la amplitud y susceptibilidad al abuso de algunos delitos de lucha contra el terrorismo, los jueces desempeñan un papel crucial en la protección contra la aplicación arbitraria del derecho penal. Deben velar por que el derecho penal cumpla los estrictos requisitos de legalidad, incluidos los consagrados en el principio fundamental *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* (no hay delito ni castigo sin ley). Si bien puede ser posible enjuiciar a una persona en ausencia de responsabilidad en un crimen terrorista consumado, por ejemplo, en el caso de un delito incipiente, una línea roja que no debe cruzarse es el enjuiciamiento de las personas basándose únicamente en lo que pueden haber pensado hacer, y no en lo que han hecho. Los jueces deben asimismo evitar la erosión del requisito de la intención (*mens rea*) en lo que respecta a la conducta que constituye el delito (*actus rea*), un elemento esencial de la culpabilidad penal. Deben rechazar la introducción de presunciones de intención (por ejemplo, que el viaje a una determinada zona implique la intención de cometer un acto de terrorismo), lo que erosionaría la presunción de inocencia y la carga de la prueba en las causas penales.

6.1.1 Principio de no retroactividad:

Los jueces y fiscales deben velar por la estricta observancia del principio de no retroactividad, de modo que sólo se enjuicien los crímenes claramente establecidos en la ley en el momento de su comisión.

Comentario: Es incontrovertible en el derecho penal nacional e internacional que los delitos deben estar claramente establecidos en la ley en el momento de su comisión. El Comité de Derechos Humanos de la ONU, al determinar que las violaciones se derivan de condenas por delitos de terrorismo en virtud de una legislación que no existía en el momento de la comisión de los presuntos delitos, ha observado que no es suficiente que la legislación vigente en ese momento penalizara otros delitos pertinentes a los que se aplicaban penas similares (CDH ONU, Comunicación N.º 981/2001, Doc. ONU CCPR/C/78/D/981/2001). La manera en que se interpretará y se aplicará en la práctica la ley preexistente también debe ser previsible para que no constituya, efectivamente, una aplicación retroactiva de la ley (*Jorgic c. Alemania*, TEDH, Solicitud No. 74613/01, Sentencia de 12 de octubre de 2007, ap. 109-113).

Las sanciones también deben estar previstas en la legislación preexistente, reflejada en el principio conexo de *nulla poene sine lege*. No se puede imponer una pena más grave que la vigente en el momento de la comisión del delito. Las medidas destinadas a aumentar las penas con carácter retroactivo a medida que cambian los imperativos de política, por ejemplo, tras un ataque terrorista, no se ajustan a este principio ni al CEDH ni al PIDCP (por ejemplo, véase *Welch c. el Reino Unido* TEDH, Solicitud N.º 17440/90, Sentencia del 9 de febrero de 1995).

6.1.2 Claridad, precisión y previsibilidad

- a) **Los jueces deben asegurarse de que el delito en cuestión sea lo suficientemente claro y seguro como para permitir a las personas determinar con un grado razonable de certeza cómo les afectará. Las leyes no deben estar redactadas de una manera vaga y demasiado amplia que se preste a una aplicación arbitraria por parte de las autoridades ejecutivas. Los jueces deben tratar de garantizar la aplicación coherente, previsible y justa de la ley, sin discriminación alguna por motivos de condición jurídica, y que la ley se interprete en sentido estricto (véase el apartado 6.1.4 infra).**
- b) **Al impartir justicia en los casos de lucha contra el terrorismo, los jueces deben tratar de contribuir a la predictibilidad y previsibilidad de la aplicación de esos delitos explicando los motivos de sus decisiones, basándose en las normas de derechos humanos y desarrollando la jurisprudencia. La jurisprudencia de los Estados miembros de la Unión Europea y otras jurisdicciones, así como del TJUE, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los órganos creados en virtud de tratados de la ONU, puede servir de orientación persuasiva y, en algunos casos, obligatoria.**

Comentario: El principio de legalidad exige que la conducta penalizada se describa en términos precisos e inequívocos que definan con precisión el delito punible y lo distingan de la conducta que no es punible o que se castiga con otras penas. El principio requiere que la ley sea "razonablemente previsible en su aplicación y consecuencias..." (ECOSOC de la ONU, *Report of R. Goldman, UN Independent Expert on The Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism*, Doc. ONU E/CN.4/2005/103, 2005). Como el TEDH ha dejado claro en repetidas ocasiones un delito debe estar definido con suficiente claridad por la ley para que el individuo pueda saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y, de ser necesario, con la ayuda de la interpretación de los tribunales de la misma, qué actos y omisiones le harán responsable (*Kokkinakis c. Grecia*, TEDH, Solicitud N.º 14307/88, sentencia del 25 de mayo de 1993, ap. 52). Por lo tanto, todos los elementos esenciales de los delitos, que comprenden la conducta y la intención individual (véase más adelante), deben estar claramente previstos en la ley y ser previsible. En un reciente informe de la UNODC se refleja que "tanto la conducta de apoyo (la facilitación, la preparación, la financiación, la prestación de apoyo material) como la conducta apoyada (el acto violento) deben definirse de manera que se cumpla el principio de legalidad" (UNODC, *Manual sobre las DIMENSIONES DE GÉNERO de las respuestas de la justicia penal al terrorismo*, 2019).

En algunos casos, los jueces no podrán compensar las deficiencias legislativas, a menos que ellos mismos se dediquen a legislar de manera imprevisible (TEDH, *Jorgic c. Alemania*, aps. 109-113). Al mismo tiempo, como señaló el TEDH: "Siempre será necesario aclarar los puntos dudosos y adaptarse a las circunstancias cambiantes" (TEDH, *Scoppola c. Italia* (N.º 2), 17 de septiembre de 2009, ap. 100). Un razonamiento judicial claro que respete la legislación sobre derechos humanos tiene un importante papel que desempeñar en la salvaguardia del principio de legalidad.

Las limitaciones del acceso público a las sentencias de los tribunales, incluso en los casos de lucha contra el terrorismo en algunos países europeos, plantean problemas de seguridad jurídica y del derecho de acceso a la información sobre cuestiones de interés público relativas a la seguridad y los derechos humanos. En Bélgica, por ejemplo, las decisiones judiciales pertinentes no están a disposición del público.

6.1.3 Estricta interpretación del derecho penal a favor del acusado

La ley debe aplicarse estrictamente e interpretarse de forma estricta, y la duda sobre el alcance de los crímenes debe resolverse a favor del acusado. Los jueces deben interpretar el alcance del delito de forma estricta, de acuerdo con el marco de los derechos humanos y los principios del derecho penal.

Comentario: El derecho penal está destinado a funcionar de manera excepcional, una herramienta de peso que se empleará como último recurso (*ultimo ratio*). Como ha dejado claro con frecuencia el TEDH, la ley debe interpretarse y aplicarse “de manera que ofrezca salvaguardias eficaces contra el enjuiciamiento, la condena y el castigo arbitrarios” (Véase casos [Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania](#), TEDH, Solicitud N.º 34044/96, sentencia de 22 de marzo de 2001, ap. 50). Dos ramas importantes de dicho principio son que el derecho penal debe aplicarse estrictamente e interpretarse de manera restrictiva (*lex stricta*), y que cualquier ambigüedad debe resolverse a favor del acusado. Por lo tanto, no debe interpretarse de manera extensiva en detrimento del acusado, por ejemplo, por analogía ([Estatuto de Roma de la CPI](#), artículo 22 b); Parlamento Europeo, [Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre un enfoque de la UE acerca del Derecho penal](#), (2010/2310(INI)). Lo dicho se desprende del hecho de que sólo la ley puede definir un delito y prescribir una pena.

El “principio de moderación” y el derecho penal como último recurso (*ultima ratio*) significan que los fiscales y los jueces deben actuar con cautela al recurrir al derecho penal. Esto se reconoce, por ejemplo, en el enfoque de la UE sobre el derecho penal (Parlamento Europeo, [Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre el enfoque de la UE acerca del Derecho penal](#) (2010/2310(INI))).

6.1.4 La responsabilidad penal debe ser individual, basada en la conducta y la intención

Los jueces deben velar por que las personas sólo sean enjuiciadas y castigadas de manera proporcional a su propia conducta culpable e intención, de conformidad con los principios básicos del derecho penal. Aunque normalmente lo dicho se basará en su participación intencional o imprudente en el daño causado, excepcionalmente puede abarcarla participación el riesgo previsible de daño. Sin embargo, el derecho penal no debe sancionar el peligro abstracto, o cuando no existe un vínculo próximo entre el infractor y el daño final.

Comentario: La Directiva forma parte de una tendencia en la lucha contra el terrorismo hacia un papel cada vez más preventivo del derecho penal. Si bien el derecho penal puede desempeñar un papel fundamental en la lucha contra las conductas que contribuyen de diversas maneras a los actos de terrorismo, el alcance cada vez mayor de los delitos también plantea graves problemas a los principios básicos del derecho penal que rigen los elementos abstractos y materiales fundamentales de los delitos, la responsabilidad individual y la justificación del recurso al derecho penal.

La intención y la imprudencia constituyen la base de la culpabilidad moral y la responsabilidad jurídica de la persona por delitos relacionados con el terrorismo (el enfoque de la UE en materia de derecho penal reconoce la intención como norma general y la negligencia grave como excepción; esto puede surgir cuando existe un deber especial de diligencia en virtud de la ley que se ha infringido). El papel esencial de la intención criminal, y “*el principio de la culpabilidad individual (nulla poena sine culpa)*” debe salvaguardarse en la interpretación y aplicación de todos los delitos de la Directiva. A su vez, una vez que un individuo ha pasado de la intención a la acción y ha participado en un acto externo, puede justificarse la intervención del derecho penal.

Por lo general, esto se produce una vez que se ha causado un daño a un valor protegido (el “principio del daño” en el derecho penal). Como excepción, el derecho penal también penaliza los delitos incipientes, antes de que se haya producido el daño o el crimen, sobre la base de que la conducta en cuestión, cometida con intención delictiva, plantea un riesgo significativo de daño. La Directiva refleja explícitamente en algunos lugares el requisito de que debe surgir peligro de la conducta del acusado para cumplir la dimensión objetiva de un delito de terrorismo (Sección III.3, Provocación). Los actos preparatorios, que pueden incluir la planificación o la conspiración con miras a cometer un delito de terrorismo o contribuir a él, también pueden ser objeto de enjuiciamiento si se reúnen los elementos pertinentes. Sin embargo, es esencial que la ley no persiga el peligro abstracto. No puede castigar los pensamientos, por muy peligrosos que la sociedad perciba que son las ideas de un individuo, hasta que se conviertan en actos concretos.

Sin embargo, en la práctica, varios delitos de terrorismo en la legislación nacional suscitan preocupaciones, ya que se basan en una simple conducta, sin pruebas de que la conducta haya tenido algún efecto o haya creado incluso un peligro previsible de daño, y ciertamente no con la intención de contribuir a los actos de terrorismo. Así, la ley francesa de 2016 que tipificaba como delito el acceso "habitual" a una página web que contuviera mensajes, imágenes o representaciones considerados como "incitación" o "glorificación" del terrorismo (*Ley N.º 2016-731 por la que se modifica el artículo 421-2-5-2 del Código Penal*, de 4 de junio de 2016 (*Ley N.º 2016-731*, de 3 de junio de 2016)) fue derogada por el Tribunal Constitucional en febrero de 2017. El Tribunal estimó que el mero acceso a dichas páginas web no constituía una contribución previsible a un delito de terrorismo (*Decisión N.º 2016-611 QPC* del 10 de febrero de 2017): "*las disposiciones impugnadas no exigen que las personas que acceden habitualmente a los servicios públicos de comunicación en línea tengan la intención de cometer actos de terrorismo, ni exigen que se demuestre que dicho acceso va acompañado de la voluntad de adherirse a una ideología expresada por dichos servicios*". El Tribunal señaló que "*estas disposiciones castigan con una pena de dos años de prisión el simple hecho de acceder varias veces a un servicio público de comunicación en línea, sin importar la intención del individuo...*"

Como el castigo debe corresponder a la culpabilidad del individuo, lo que puede ser castigado es la contribución del individuo a dicho daño o riesgo, medido por su conducta e intención. Si bien el daño puede ser causado en última instancia por otra persona, debe haber "suficiente participación normativa de un individuo en el acto ilícito, o al menos en la creación deliberada de riesgo de que dicho acto ilícito se produzca, para justificar la intervención penal" (*Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of 'Foreign Terrorist Fighters within a Human Rights Framework*, OSCE (OIDDH), 2018). Un principio fundamental del derecho penal y de los derechos humanos es que "Nadie puede ser considerado penalmente responsable de actos en los que no haya participado personalmente o de alguna manera" (*Appeals Chamber Judgment of 15 July 1999*, TPIY, Caso del Fiscal c. Tadic, No. 186). Cuando no existe un vínculo próximo significativo entre el individuo y el daño o el riesgo (en este contexto de actos de violencia terrorista) el principio de "lejanía" en el derecho penal puede impedir el enjuiciamiento.

6.2. Restricción de la libertad de movimiento, de expresión, de asociación, de reunión, de intimidad, de vida privada y familiar, derecho a la participación política: Objetivo legítimo, necesidad y proporcionalidad

Las leyes que prevén la penalización de conformidad con la Directiva pueden, a primera vista o en la forma en que se enjuician, servir para restringir el disfrute de determinados derechos humanos y libertades fundamentales, como las libertades de circulación, reunión, asociación, expresión, derecho a la participación política, a la intimidad o a la vida privada y familiar. Las cláusulas de limitación tanto en el CEDH como en el PIDCP permiten ciertas restricciones, pero este marco jurídico debe aplicarse estrictamente para no "menoscabar la esencia de ninguno de estos derechos". Esto requiere que los legisladores, pero también los fiscales y los jueces, consideren: a) si el delito en sí mismo y tal como se interpreta y expresa en los documentos de acusación está claramente prescrito en la ley, b) si el enjuiciamiento sirve realmente a un objetivo legítimo (como la seguridad nacional en el caso de la mayoría de las medidas de lucha contra el terrorismo), c) Si el enjuiciamiento de la persona puede justificarse como apropiado, necesario y proporcionado a ese objetivo en todas las circunstancias del caso concreto y d) Si el delito y cualquier enjuiciamiento de ese tipo son de naturaleza discriminatoria o si el enjuiciamiento se lleva a cabo con intención o efectos discriminatorios (véase más adelante). Los fiscales deben considerar si el enjuiciamiento por otro delito que conlleva el estigma especial del terrorismo está justificado o si el enjuiciamiento por otro delito aplicable, u otras medidas menos intrusivas para los derechos, están disponibles para cumplir el objetivo.

Comentario: Hay muchas formas en que los delitos relacionados con la Directiva, incluidos los delitos de terrorismo (p. ej., los delitos relacionados con los viajes, la incitación o la "provocación", la participación en grupos proscritos, el reclutamiento, la financiación, la asistencia o la facilitación, entre otros) pueden servir para restringir los derechos humanos, como la libertad de expresión, de reunión, de asociación, de circulación, el derecho a la intimidad y el derecho a la participación política.

En determinadas circunstancias, las restricciones a estos derechos u otros (Los derechos a la vida privada (Art. 17 PIDCP, Art. 8 CEDH, Art. 7 Carta de la UE), la manifestación de la religión (Art. 18(3) PIDCP, Art. 9.2 CEDH, Art. 10 Carta de la UE), la libertad de expresión (Art. 19 PIDCP, Art. 10 CEDH, Art. 11 Carta de la UE), o de reunión (Art.21 PIDCP, Art. 11 CEDH, Art. 12 Carta de la UE) y de asociación (Art.22, Art. 11 CEDH, Art. 12 Carta de la UE)) pueden ser legales y apropiadas, o incluso exigidas, en virtud del derecho

internacional de los derechos humanos. Sin embargo, cualquier restricción a estos derechos debe estar claramente establecida en la ley, ser necesaria y proporcionada, y tener las salvaguardias correspondientes. El derecho penal, por su naturaleza, interferirá en el disfrute de los derechos humanos y, por lo tanto, debe prescribir claramente las circunstancias excepcionales en las que, por ejemplo, la conducta de expresión o asociación podría ser objeto de enjuiciamiento. El alcance de la injerencia debe justificarse según sea necesario (es decir, como último recurso), el uso del derecho penal, así como la pena específica, debe ser una respuesta proporcionada a la conducta y la intención en cuestión, y no debe ser discriminatoria en cuanto a la intención y el efecto.

El amplio marco y la interpretación de los delitos preventivos en el contexto de la lucha contra el terrorismo a veces han fallado en cumplir con este criterio. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha determinado que las definiciones demasiado amplias de los delitos de terrorismo en la legislación francesa no cumplen los requisitos de prescripción clara en la legislación (ONU [Observaciones finales: Francia \(2015\)](#), Doc. de la ONU CCPR/C/FRA/5. Ap. 10).

Al decidir sobre los casos de lucha contra el terrorismo, a fin de evitar una injerencia arbitraria o desproporcionada en los derechos humanos, se debe prestar especial atención a las cuestiones de la proximidad a un acto delictivo violento de terrorismo y, en los casos de delitos auxiliares o preparatorios, a si el delito está vinculado a dichos actos violentos o puede causar o contribuir a ellos, y de qué manera. Al interpretar y aplicar la intención necesaria, como en el caso de la comisión de delitos preparatorios o accesorios del terrorismo, se debe considerar si el acusado tenía la intención de causar o contribuir a causar daños mediante un acto violento de terrorismo, o de crear un riesgo previsible de tales daños. Los jueces deben aclarar en la mayor medida posible la naturaleza de la intención requerida para la comisión del delito y la forma en que se establece en la causa de que se están ocupando.

6.3 No discriminación

Los jueces deben velar por que los delitos de lucha contra el terrorismo y su investigación y enjuiciamiento en la práctica no sean directa o indirectamente discriminatorios, y garantizar la igualdad ante la ley y su protección. Es necesario que haya salvaguardias contra la discriminación en todas las etapas del proceso penal. Los jueces y fiscales deben estar atentos a la posibilidad de sesgo consciente o inconsciente en todas las etapas de la investigación, el enjuiciamiento y el proceso judicial y deben examinar los procesos y decisiones por discriminación. Entre los motivos de discriminación prohibidos figuran la raza, el color, la orientación sexual o la identidad de género, la edad, el sexo, la religión, el idioma, la opinión política o de otra índole, la ciudadanía, la nacionalidad o la condición de inmigrante, el origen nacional, social o étnico, la ascendencia, el estado de salud, la discapacidad, la propiedad, la situación socioeconómica, el nacimiento u otra condición, o la intersección de éstos.

Comentario: Los motivos de discriminación prohibidos en las normas internacionales de derechos humanos están protegidos por el artículo 2 de la DUDH, el artículo 2, apartado 1, y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (incluida la igualdad y la igual protección de la ley), tal como los interpreta y aplica el Comité de Derechos Humanos, el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 1 del Protocolo 12; la Carta Social Europea Revisada (artículo E); el artículo 20 (igualdad ante la ley) y el artículo 21 de la Carta de la UE; el artículo 14 del [Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional 2010](#); el [Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997](#) y el [Convenio para la represión de la financiación del terrorismo de 1999](#)).

Cabe subrayar que el artículo 21 de la Carta de la UE y el artículo 26 del PIDCP son disposiciones autónomas de no discriminación, lo que significa que se aplican a todas las leyes y conductas de los Estados y no se limitan a ninguna otra esfera específica de protección de los derechos o del derecho internacional o interno. Por lo tanto, todas las leyes de lucha contra el terrorismo entrarán necesariamente en su ámbito de protección.

La discriminación puede ser directa e indirecta, intencionada e inadvertida, y puede surgir a través de la investigación, la reunión, el uso o la evaluación de las pruebas, durante el juicio y/o la sentencia. Como ha señalado el anterior Relator Especial de la ONU sobre el terrorismo y los derechos humanos, las prácticas de investigación discriminatorias son ilícitas, pero también ineficaces; es esencial que las personas no sean tratadas como sospechosos de terrorismo por el mero hecho de su etnia, religión u otra identidad real o percibida ([Assessing Damage, Urging Action – Report on the Eminent Jurists Panel on Terrorism,](#)

[Counter-terrorism and Human Rights](#), CIJ, 2009, p.165). Aunque el terrorismo no está relacionado con ninguna religión, el impacto desproporcionado de muchos enjuiciamientos por terrorismo en las personas de la población musulmana en Europa está bien documentado (Véase, por ejemplo, [Peligrosamente desproporcionado - la expansión continua del estado de seguridad nacional en Europa](#), Amnistía Internacional, 2017). Dicha discriminación adopta muchas formas, pero incluye, por ejemplo, basarse en pruebas de prácticas o creencias religiosas como indicadores de la intención terrorista.

Las distinciones basadas en la nacionalidad también han suscitado graves preocupaciones en varios Estados en el contexto de la lucha contra el terrorismo en los últimos años. Los jueces han desempeñado un papel importante en la identificación de diversas formas de discriminación contra los migrantes, los refugiados, los apátridas y los ciudadanos de ascendencia extranjera, reconociendo que no existe una justificación objetiva basada en pruebas para las distinciones basadas en la nacionalidad ([A y otros c. el Reino Unido](#)).

"Se reconoce cada vez más la necesidad de examinar cómo las experiencias y prácticas relacionadas con el género deberían informar y determinar las respuestas de la justicia penal al terrorismo." (ONUDD, ["Manual sobre las dimensiones de género de las respuestas de la justicia penal al terrorismo"](#), 2019, (en adelante "Informe de las UNODC de 2019")). Esto comienza con la naturaleza y el alcance de los delitos enjuiciados e incluye también las defensas disponibles, la investigación, el juicio justo, la sentencia y la mitigación. Es fundamental evitar los estereotipos de género, incluidas las suposiciones sobre el papel de las mujeres como "víctimas", que han caracterizado los errores de política y de enjuiciamiento en muchos Estados en los últimos años ([Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of Foreign Terrorist Fighters within a Human Rights Framework](#) OSCE (ODIHR), 2018; UNODC de 2019). Negar la voluntad de la mujer y las suposiciones sobre su papel, o el de los hombres, en función de su sexo, también puede constituir una discriminación ilegal. El impacto desproporcionado de ciertos delitos contra las mujeres, como la financiación y el apoyo a los miembros de la familia, o el encubrimiento o la falta de denuncia de conductas delictivas que pueden acompañar a los delitos de la Directiva, también debe evitar la discriminación indirecta (Informe de las UNODC de 2019).

Al decidir el enjuiciamiento de mujeres u hombres, debe tenerse en cuenta la complejidad de los papeles de los individuos. Un ejemplo citado en el Informe de la UNODC de 2019 sobre las dimensiones de género en la justicia penal y en un informe de la ONU de 2017 sobre la travesía hacia el extremismo en África, es *"el porcentaje desproporcionadamente alto de mujeres que son obligadas a unirse a organizaciones terroristas o extremistas, entre ellas Boko Haram, Al-Shabaab y el Estado Islámico del Iraq y el Levante..."* (Programa de la ONU para el Desarrollo (PNUD), ["Journey to Extremism in Africa: Drivers, Incentives, and the Tipping Point for Recruitment"](#), 2017, p. 495) Se debe prestar atención a evitar el enjuiciamiento de las mujeres víctimas de la trata, ya que el "principio de no castigo de las víctimas de la trata" se refleja en las normas internacionales (Informe de las UNODC de 2019).

En la práctica, en toda Europa y fuera de ella surgen preocupaciones en cuanto a la igualdad en muchos aspectos del proceso judicial penal. El establecimiento de perfiles se define por lo general como la asociación sistemática de series de características físicas, comportamentales o psicológicas con determinados delitos para su utilización por los agentes del orden como base para tomar sus decisiones" ([Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo](#), ap. 33)

El establecimiento de perfiles basado únicamente en las características inmutables de una persona, como la etnia, y no en la conducta individual y la sospecha de criminalidad, son ilegales. En su informe al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo describe el impacto negativo del establecimiento de perfiles: "Esta estigmatización puede, a su vez, dar lugar a un sentimiento de alienación entre los grupos designados".

El [Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo](#) (aps. 57 y 58) afirma que "la victimización y la alienación de determinados grupos étnicos y religiosos pueden tener importantes consecuencias negativas en la lucha contra la delincuencia, pues suscitan una profunda desconfianza en la labor de la policía (...) La falta de confianza mutua entre la policía y las comunidades puede tener efectos particularmente desastrosos en el contexto de la lucha contra el terrorismo (...) Para ser eficaces, las políticas de lucha contra el terrorismo tendrían que reforzar la confianza mutua entre la policía y las comunidades".

Aunque la religión no suele mencionarse explícitamente en los casos de lucha contra el terrorismo, se suele tener muy en cuenta en la práctica, como señalaron los expertos durante una de las mesas redondas de la CIJ. Se sugirió que, en algunos Estados miembros, la forma en que las personas practican la religión sirve

a veces como elemento complementario a tener en cuenta para los jueces. A este respecto, los demás hechos materiales, junto con la forma en que se practica la religión, pueden utilizarse para establecer una "intención" de participar en el terrorismo u otros delitos de terrorismo. Por ejemplo, los jueces o fiscales pueden basarse en una señal de que los acusados "practicaban el islamismo radical".

Dichas prácticas encierran un potencial considerable de discriminación, que debe reconocerse y abordarse. Se sugirió que cuando los jueces evalúen el caso, se citen como prueba ciertos tipos de pruebas que no tienen nada que ver con la culpabilidad. Por ejemplo: la longitud de la barba, o usar un hiyab o pantalones más cortos puede considerarse parte de una imagen de la criminalidad de alguien. Puede que los jueces ni siquiera sean conscientes de todos esos pequeños indicios que se producen a lo largo del juicio, pero pueden influir en la decisión de forma discriminatoria.

III. Delitos contemplados en la Directiva

1. Delitos de terrorismo

Directiva (UE) 2017/541
Artículo 3 **Delitos de terrorismo**

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los siguientes actos intencionados, tipificados como delitos con arreglo al Derecho nacional, que, por su naturaleza o contexto, pueden perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional, se tipifiquen como delitos de terrorismo cuando se cometan con uno de los fines enumerados en el apartado 2: a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona; c) el secuestro o la toma de rehenes; d) destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) el apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos o armas de fuego, armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares, así como la investigación y el desarrollo de armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares; g) la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) la interferencia ilegal en los sistemas a tenor del artículo 4 de la Directiva 2013/40/UE (...) y la interferencia ilegal de información a tenor del artículo 5 de dicha Directiva en el caso que se aplique el apartado c) del artículo 9(4) de dicha Directiva; j) la amenaza de cometer cualquiera de los actos enumerados en las letras a) a i).
2. Los fines a que se refiere el apartado 1 son los siguientes: a) intimidar gravemente a una población; b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional.

Orientación

Las medidas de investigación, los enjuiciamientos o las condenas por crímenes de terrorismo en el ámbito del artículo 3 pueden restringir los derechos garantizados por el derecho internacional de derechos humanos, así como por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que, según las circunstancias del caso, pueden incluir el derecho a la intimidad y el respeto de la vida privada (artículo 8 del CEDH, artículo 17 del PIDCP, artículo 7 de la Carta de la UE), los derechos a la libertad de asociación (artículo 11 del CEDH, artículo 22 del PIDCP, artículo 12 de la Carta de la UE), la libertad de reunión (artículo 11 del CEDH, artículo 21 del PIDCP, artículo 12 de la Carta de la UE), la libertad de expresión (artículo 10 del CEDH, artículo 19 del PIDCP, artículo 11 de la Carta de la UE), la libertad de religión o de creencias (artículo 9 del CEDH, artículo 18 del PIDCP, artículo 10 de la Carta de la UE), el derecho a la participación política (artículo 25 del PIDCP) y el derecho a la libertad (artículo 5 del CEDH, artículo 9 del PIDCP, artículo 6 de la Carta de la UE). Por consiguiente, los jueces y fiscales implicados en dichos casos deberán examinar en qué medida la restricción de dichos derechos es suficientemente clara y previsible para que esté prescrita por la ley, persigue realmente un objetivo legítimo (como la protección de la seguridad nacional), es

necesaria y proporcionada a ese objetivo, y no es discriminatoria (artículo 14 del CEDH, artículo 2.1 del PIDCP, artículo 21 de la Carta de la UE; CERD). Al hacerlo, también se debe tener en cuenta la especial gravedad y el estigma que conlleva un delito de terrorismo, en contraposición a los delitos penales ordinarios que también se tendrán en cuenta.

Los delitos de terrorismo en la legislación nacional no deben tener un alcance indebidamente amplio y no deben penalizar actividades legítimas como la protesta política, la expresión artística o la defensa de los derechos humanos. Los jueces y fiscales deben aplicar estos delitos de manera restrictiva y deben considerar, en cada caso concreto, si la persona interesada podría haber previsto razonablemente que su conducta quedaría comprendida en el ámbito del delito, como exige el principio de prescripción por ley. Los requisitos de "intención" en la legislación nacional deben interpretarse en el sentido de que requieren una intención específica de cometer el acto impugnado con fines terroristas.

Cuando la conducta en cuestión pueda suscitar cuestiones de interés público (incluida la expresión política o artística de la defensa del derecho de otros) los jueces y fiscales deberán examinar con especial atención la necesidad y la proporcionalidad de la investigación, el enjuiciamiento o la condena, a la luz del derecho a la libertad de reunión, la libertad de expresión, el derecho a la participación política (artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y el derecho a defender los derechos humanos (Declaración de la ONU sobre los Defensores de los Derechos Humanos).

Los jueces y fiscales deben examinar las investigaciones y los enjuiciamientos por delitos en el ámbito de aplicación del artículo 3, por su posible intención y/o efectos discriminatorios, en particular en contextos en los que las leyes de lucha contra el terrorismo se aplican de manera desproporcionada a determinados grupos religiosos, nacionales, étnicos o raciales, en particular a las minorías. Debe evitarse la dependencia potencialmente discriminatoria de las pruebas (por ejemplo, en relación con la vestimenta o la práctica religiosa).

No se debe condenar a nadie por un delito de terrorismo por el mero hecho de participar en un conflicto armado al que se aplique el derecho internacional humanitario, ni por actos cometidos en el desarrollo de un conflicto armado (Considerando 37 de la Directiva). Ello se entiende sin perjuicio de la posibilidad de que la conducta pueda ser considerada como terrorismo en otros lugares y de que pueda ser enjuiciada como crimen de guerra cuando tenga lugar durante un conflicto armado.

Comentario

La definición de delito de terrorismo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva es amplia, con un alcance incierto en varios aspectos, entre ellos **el alcance del daño abarcado, la naturaleza del propósito terrorista y la naturaleza de la intención requerida** para cometer el delito. El cumplimiento de los principios de las normas internacionales de derechos humanos de legalidad, prescripción por ley y necesidad y proporcionalidad requiere tanto una mayor especificación en la legislación nacional como una interpretación judicial clara y, en algunos aspectos, restrictiva.

No existe una definición acordada de terrorismo en el derecho internacional. Los intentos de larga data a nivel de la ONU de adoptar una definición en el marco del proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional no han dado fruto. Los sucesivos Relatores Especiales de la ONU sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo han expresado su preocupación por los intentos de reforzar los enfoques preventivos del derecho penal en relación con el terrorismo sin que exista un entendimiento común del "terrorismo" al que se apunta.

Por ejemplo, el ex Relator Especial de la ONU sobre la lucha contra el terrorismo y protección de los derechos humanos, Martin Scheinin, señaló: "50. La ausencia de una definición universal, amplia y precisa de 'terrorismo' es problemática para la protección efectiva de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo. (...) Es esencial, entretanto, asegurar que el término 'terrorismo' se limite en su uso a las conductas que sean genuinamente de naturaleza terrorista". (Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo) Véase más arriba en la sección I.

Recientemente, en 2019, el actual Relator Especial de la ONU sobre la lucha contra el terrorismo y protección de los derechos humanos reiteró dichas preocupaciones y destacó el impacto de las definiciones amplias en la sociedad civil:

“34. Una tendencia que define la aplicación del marco antiterrorista del Consejo de Seguridad a nivel nacional es la aparición en todo el mundo de definiciones del término “terrorismo” excesivamente amplias y vagas. Tal como se había previsto, pueden dar lugar a vulneraciones involuntarias de los derechos humanos y se han empleado deliberadamente de manera indebida para atacar a una gran variedad de grupos, personas y actividades de la sociedad civil. Dicha legislación se utiliza para atacar a la sociedad civil, los defensores de los derechos humanos, los periodistas, los grupos minoritarios, los activistas sindicales, los pueblos indígenas y los miembros de la oposición política, entre otros” ([Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo](#)).

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha constatado periódicamente que las definiciones demasiado amplias de los delitos de terrorismo en el derecho interno incumplen los requisitos de legalidad, incluso con respecto a Francia (Comité de Derechos Humanos de la ONU, [Observaciones finales: Francia](#) (2015), Doc. de la ONU CCPR/C/FRA/5) y Bélgica (Comité de Derechos Humanos de la ONU, [Observaciones finales: Bélgica](#), 2004, Doc. de la ONU CCPR CO/81/BEL).

Aunque los principales delitos de terrorismo en las leyes nacionales de muchos Estados miembros de la UE son anteriores a la Directiva, muchos son en términos similares al Artículo 3 de la Directiva (Bélgica, Artículo 137 del Código Penal; Países Bajos, Artículo 83.a del Código Penal). Los abogados, jueces y fiscales consultados en seis Estados Miembros considerados para la preparación de la presente orientación (Italia, España, Bélgica, Países Bajos, Alemania, Francia), expresaron su preocupación por la amplitud y la falta de seguridad jurídica de las definiciones nacionales del delito de terrorismo. Así ocurría incluso en los Estados Miembros con definiciones más restringidas que la del artículo 3.

Algunos Estados Miembros tienen definiciones de “delito de terrorismo” que son más amplias que las del artículo 3 y que tal vez deban ser interpretadas de manera restrictiva por los tribunales nacionales a la luz de la Directiva. Por ejemplo, la definición de “delito de terrorismo” de Italia (artículo 270 *sexies* del Código Penal italiano) se ajusta a la de la Directiva en la medida en que proporciona una lista de delitos que constituyen un delito de terrorismo cuando se cometen con un fin terrorista. Sin embargo, la intención requerida es algo menos específica que la prevista en la Directiva y sólo requiere la intención de “*perturbar gravemente el orden público mediante la intimidación o el terror*”. En España, los fines terroristas especificados en el artículo 573 del Código Penal incluyen “perturbar gravemente la paz pública” e “infundir miedo en los ciudadanos”, objetivos que pueden interpretarse de forma muy amplia y que no se incluyen en el artículo 3.

En cambio, en Alemania no existe un delito específico de terrorismo equivalente al artículo 3, pero la disposición relativa a la participación en actividades de un grupo terrorista que figura en la sección 129 bis, apartado 2, del Código Penal abarca el contenido de la definición que figura en el artículo 3 de la Directiva. Sin embargo, el artículo 129 bis, apartado 2, del Código Penal exige un mayor nivel de intención, a saber, intimidar gravemente a la población u obligar indebidamente a un gobierno u organización internacional a realizar o abstenerse de realizar cualquier acto o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o una organización internacional.

El código penal italiano en el art. 270 *sexies* define los propósitos de cada delito de terrorismo de la misma manera que se establece en el artículo. 3, apartado 2, de la Directiva 2017/541: “intimidar a una población, obligar a las autoridades públicas o a una organización internacional a realizar o abstenerse de realizar cualquier acto, desestabilizar o destruir las estructuras políticas, constitutivas, económicas y sociales fundamentales de un país o de una organización internacional”. A estos efectos, la ley italiana añade, como cláusula final, “las demás conductas definidas como terroristas o cometidas con fines de terrorismo por convenciones u otras normas de derecho internacional vinculantes para Italia”. Esto constituye una guía y un límite en la aplicación de la legislación antiterrorista por parte de los jueces y fiscales italianos. Los delitos penales apoyados por un tipo diferente de elemento intencional se tratan como delitos no relacionados con el terrorismo. Esto ocurre incluso cuando la intención de apoyo puede considerarse como “política”. Así pues, muchos delitos de motivación política se tratan como delitos no terroristas, pero con arreglo a las normas y procedimientos comunes.

2. Dirección y participación en un grupo terrorista

Directiva (UE) 2017/541
Artículo 2.3 **Definiciones**

Se entenderá por "grupo terrorista": toda organización estructurada de más de dos personas establecida por cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo;

entendiéndose por "organización estructurada": una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada.

Artículo 4 **Delitos relacionados con un grupo terrorista**

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifiquen como delito, cuando se cometan intencionadamente, los actos que figuran a continuación:

- (a) dirección de un grupo terrorista;
- (b) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluida la consistente en el suministro de información o medios materiales, o en cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista.

Orientación

Al interpretar y aplicar las leyes nacionales a los delitos de dirección o participación en un grupo terrorista, los jueces deben verificar si la designación del grupo en cuestión como terrorista está claramente establecida en la ley según criterios públicamente disponibles y definidos y mediante procedimientos justos, suficientes para garantizar la previsibilidad de las sanciones penales por dirigir o participar en el grupo. Es fundamental que, al determinar la culpabilidad individual, se presente a los jueces información que les permita determinar si el grupo está debidamente designado como terrorista, así como la relación de la persona con el grupo.

La jurisprudencia nacional debería, en la medida de lo posible y de conformidad con las obligaciones jurídicas internacionales y los principios del estado de derecho, aclarar el alcance del término "grupo terrorista" y "grupo estructurado" y el significado de "participación" en un grupo terrorista, más allá de la lista no exhaustiva indicada en la Directiva, a fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar una aplicación excesiva, arbitraria o discriminatoria del delito. En particular, para entrar en el ámbito de aplicación del delito, la participación debe ser voluntaria y con el conocimiento efectivo de que es razonablemente probable que la acción contribuya efectivamente a la comisión de un delito principal de terrorismo.

Cuando la intención necesaria para fundamentar el delito no esté claramente definida en la legislación, deberá aclararse mediante la jurisprudencia. La intención debe limitarse a la intención específica de apoyar al grupo en la comisión de actos de terrorismo, o a desconocer que es probable que los actos de terrorismo se deriven directamente del apoyo.

Las contribuciones accidentales o no intencionales a un grupo terrorista en apoyo directo de conductas no terroristas, como cocinar comidas, proporcionar otros servicios o bienes no relacionados directamente con actos violentos o terroristas, y el mero hecho de asociarse con otras personas, no deben considerarse en sí mismas como una participación sin intención subjetiva de contribuir a un delito de terrorismo o sin tener en cuenta que es probable que esos actos sean consecuencia directa de ese apoyo.

A fin de evitar que el delito se aplique de manera que interfiera desproporcionadamente con los derechos humanos, la "contribución" debe interpretarse en sentido estricto como algo que se limita a las contribuciones que tienen un efecto real en la comisión de un delito principal de terrorismo y que están muy cerca.

Los fiscales, al iniciar investigaciones o enjuiciamientos por dirección o participación en un grupo terrorista, deben considerar, sobre la base de los hechos del caso, la posibilidad de interferir en la libertad de asociación, la libertad de reunión, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad y el respeto de la vida privada y familiar, la libertad de religión o de creencias, el derecho a la participación política y el derecho a la libertad.

La prestación de asistencia imparcial (incluida la asistencia humanitaria), como alimentos o suministros médicos, no debe interpretarse, en ausencia de una intención específica de apoyar las actividades terroristas, como comprendida en el ámbito del delito de participación en un grupo terrorista (considerando 38 de la Directiva).

Comentario

El Protocolo Adicional del Convenio del Consejo de Europa sobre la Prevención del Terrorismo (Artículo 2.2) exige a los Estados Partes que penalicen "la participación en una asociación o grupo con fines de terrorismo (...) cuando se cometa ilícita e intencionadamente". En virtud del Artículo 2.1, dicha participación delictiva se limita a "las actividades de una asociación o grupo con el fin de cometer o contribuir a la comisión de uno o más delitos de terrorismo por la asociación o el grupo". Por consiguiente, el Protocolo estipula que debe haber intención de contribuir a la comisión de delitos de terrorismo, y no sólo de apoyar las actividades más amplias del grupo.

La investigación o el enjuiciamiento de los delitos previstos en el artículo 4, y en particular el delito de participación en un grupo terrorista, pueden entrañar el derecho a la libertad de asociación (artículo 11 del CEDH, artículo 22 del PIDCP, artículo 12 de la Carta de la UE) y, según la naturaleza de la participación de que se trate, también pueden entrañar derechos a la libertad de expresión y de reunión, a la participación política o a la libertad de religión o de creencias. Cualquier interferencia en estos derechos, a través de medidas de investigación o enjuiciamiento, debe estar justificada como conforme a la ley, ser necesaria y proporcionada a un objetivo legítimo, y no ser discriminatoria.

La designación de ciertos grupos como "terroristas", por ejemplo, mediante su inclusión en listas de terroristas, implica en sí misma la libertad de asociación, de reunión y los derechos conexos. Como ha señalado el Relator Especial de la ONU sobre la lucha contra el terrorismo y los derechos humanos, es esencial la supervisión judicial independiente de las medidas de dicha índole que limitan la libertad de asociación y de reunión ([Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo](#), aps. 29 y 39). El enjuiciamiento por dirigir un grupo terrorista o participar en él con los principios de seguridad jurídica, necesidad y proporcionalidad, depende en sí mismo de la calidad de la ley y las salvaguardias, incluidos los recursos judiciales, que rigen la designación de las organizaciones terroristas ([Assessing Damage, Urging Action – Report on the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights](#), ICJ, 2009, pp. 113-115; sobre las garantías procesales en la inclusión en la lista, *Al-Dulimi c. Suiza*, EctHR, Solicitud N.º 5809/08, sentencia de 21 de junio de 2016).

Si se interpretan en sentido amplio, los delitos previstos en el artículo 4 también pueden tener efectos perjudiciales en las actividades legítimas de la sociedad civil, incluidas las actividades destinadas a proteger los derechos humanos mediante la prestación de asistencia humanitaria.

Como subrayó la Relatora Especial de la ONU sobre la lucha contra el terrorismo y los derechos humanos en su [informe anual de 2019](#) (Doc. de la ONU A/HRC/40/52, aps. 22, 43-44): "La cualificación de un amplio abanico de actos como 'apoyo al terrorismo' inaceptable (...) da lugar al hostigamiento, la detención y el enjuiciamiento de agentes humanitarios, de derechos humanos, entre otros agentes de la sociedad civil. (...) las disposiciones sobre el apoyo material también pueden afectar a la labor de la sociedad civil que se dedica a apoyar, entre otras cosas, la investigación y la reunión de pruebas con fines de enjuiciamiento, la promoción del derecho al desarrollo o la prestación de asistencia a los migrantes."

El Relator Especial también advirtió, en el contexto de Bélgica, de las repercusiones que tenía en el derecho a la vida familiar la interpretación excesivamente amplia de los delitos de apoyo a organizaciones terroristas (Informe sobre la visita a Bélgica, ap. 18). Señaló que "la conducta tipificada como delito de terrorismo debe limitarse a las actividades que tengan un vínculo genuino con el funcionamiento de los grupos terroristas. (...) Interpretar el apoyo a las organizaciones terroristas de manera demasiado amplia puede dar lugar a la penalización de las relaciones familiares y otras relaciones personales". El Relator Especial subrayó además que "el apoyo relacionado con la garantía de que una persona disfrute de 'niveles mínimos esenciales' de derechos económicos y sociales, incluidos los derechos a la alimentación, la salud y la vivienda, no debe ser penalizado como apoyo al terrorismo".

Las leyes nacionales de los Estados Miembros sobre la participación en un grupo terrorista han causado en algunos casos especial preocupación debido a su amplio alcance (Bélgica), mientras que en otros hay incertidumbre en cuanto a la forma en que la definición del delito se aplica al terrorismo internacional (España). En Bélgica, el delito de participación en las actividades de un grupo terrorista, con arreglo al artículo 140 del Código Penal, está ampliamente definido. El delito de participación previsto en el artículo

140 requiere el conocimiento de que la participación podría contribuir a las actividades delictivas de una organización terrorista y no una intención específica, y tiene una aplicación particularmente amplia porque también se aplica cuando la persona "debería haber sabido" la naturaleza del grupo. Sin embargo, cabe señalar que el artículo 139 del Código excluye explícitamente de la definición de grupo terrorista a cualquier "organización cuya finalidad real sea únicamente de carácter político, sindical o filantrópico, filosófico o religioso, o que persiga únicamente cualquier otro fin legítimo".

En Italia, el alcance del delito de participación en una organización terrorista, en virtud del artículo 270 bis del Código Penal, se ha precisado mediante la interpretación judicial. La jurisprudencia italiana exige una "integración efectiva" de la persona en la asociación, lo que significa que la persona debe participar efectivamente en las actividades de la asociación. La participación no puede entenderse como la mera adquisición de una condición, ni puede inferirse de la adhesión a un programa delictivo o de las aspiraciones comunes con los asociados. También se ha aclarado en la jurisprudencia italiana que la "contribución" al grupo terrorista debe ser "una contribución causal eficaz a la existencia, la supervivencia o el funcionamiento de la asociación".

3. Provocación pública para cometer un delito de terrorismo

Directiva (UE) 2017/541

Artículo 5 **Provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo**

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos.

Orientación

Los jueces y fiscales, en los casos relativos a delitos de provocación o delitos similares de incitación indirecta, deberán considerar si la acción de investigación, el enjuiciamiento o la condena afectan a la libertad de expresión y, en caso afirmativo, en qué medida el mensaje o la expresión impugnada equivale a una expresión de la opinión política, el compromiso con el debate (democrático), la expresión artística o la libertad de los medios de comunicación, cuando se requiera un mayor grado de protección.

Los jueces deben rechazar las definiciones vagas de provocación y delitos conexos. Se permiten los enjuiciamientos por delitos de expresión claramente definidos que inciten a la violencia y que tengan por objeto dar lugar a tales actos, y que de hecho creen un peligro de ellos. La culpabilidad del individuo y la aplicación de la ley penal deben ser claras y previsibles en las circunstancias en este caso concreto.

Los jueces y fiscales deben considerar si la aplicación del derecho penal en el caso que se les presenta sirve claramente a un interés público, como la protección de la seguridad nacional, y, en caso afirmativo, si puede justificarse como necesaria y proporcionada en las circunstancias particulares de este caso. También deben considerar si ha habido discriminación directa o indirecta en la aplicación de las medidas de investigación, la decisión de enjuiciar o en la evaluación de las pruebas del caso.

Comentario

Libertad de expresión (artículo 10 del CEDH, artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 11 de la Carta de la UE), incluso respecto de las expresiones de opinión que ofenden y perturban:

[La libertad de expresión] abarca la libertad de expresar ideas y opiniones que ofendan, conmocionen o perturben (...) Tales son las exigencias del (...) pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras sin las cuales no hay "sociedad democrática" (*Handyside c. el Reino Unido*, sentencia del TEDH, solicitud 5493/72, 7 de diciembre de 1976, ap. 49).

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, al establecer la naturaleza y el alcance de la libertad de expresión en virtud del PIDCP en su Observación General 34, ha subrayado que "delitos como la 'incitación al terrorismo' y la 'actividad extremista', así como los delitos de 'alabanza', 'glorificación' o 'justificación' del

terrorismo, deben definirse claramente para garantizar que no conduzcan a una interferencia innecesaria o desproporcionada en la libertad de expresión”.

La prueba básica de las restricciones permisibles a la libertad de expresión, como se ha expuesto anteriormente y reiterado en el contexto de la lucha contra el terrorismo por el TEDH, múltiples Relatores Especiales de la ONU, el Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH), requiere una definición clara en la ley, la necesidad y la proporcionalidad, ya que las restricciones deben ser “el instrumento menos intrusivo entre los que puedan cumplir su función protectora y proporcionado al interés que se ha de proteger” (El CDH de la ONU, comentario general N.º 27, Doc. De la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 1999, ap. 14). Los Relatores Especiales han señalado que la estricta adhesión a la prueba antes expuesta es más crucial cuando los Estados deciden penalizar determinadas formas de expresión (*Special Rapporteur on the right to privacy and the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, 7 de diciembre de 2018, pág. 4). Si bien se debe proteger la libre expresión de todos, se debe proceder con especial cautela, habida cuenta de las repercusiones de la penalización de la expresión en la expresión política, la expresión artística (ya que la libre expresión “protege no sólo la sustancia de las ideas y la información expresadas, sino también la forma en que se transmiten”) (De Haes y Gijssels c. Bélgica, Sentencia del TEDH, Solicitud 19983/92 (24 de febrero de 1997), Informes 1997-I, 236, ap. 48, *Alinak v Turkey*, TEDH, Solicitud 40287/98 (29 de marzo de 2005) apartado 42), *defensa de los derechos humanos* (Declaración de la ONU sobre el DHD), y el “papel crucial” de los medios de comunicación “para informar al público sobre los actos de terrorismo” (CDH de la ONU, *Observación General 34 sobre el Artículo 19: Libertades de opinión y expresión*, Doc. de la ONU CCPR/C/GC/34, ap. 46).

También hay que tener en cuenta el impacto de las investigaciones en el cierre de sitios web y la comunicación; en varios Estados se han cerrado cualesquiera sitios web que se consideren que promuevan la apología o provoquen el terrorismo, en algunos casos sin orden judicial. En Francia, la Oficina central de lucha contra los delitos vinculados con las tecnologías de la información y la comunicación (un órgano policial) puede ordenar el bloqueo de un sitio web sin pasar por un juez (Código Penal francés: Artículo 421-2-5; Código de Procedimiento Penal: Artículo 706-23 a 706-25-2; Decreto N.º 2015-125 del 5 de febrero de 2015 sobre el bloqueo administrativo de los sitios de promoción del terrorismo).

Varios delitos de la Directiva (como el entrenamiento y el adoctrinamiento, por ejemplo) también implican la libertad de expresión, pero las disposiciones sobre “provocación” (artículo 5) e “incitación” a otros delitos de la Directiva (artículo 15) plantean el mayor desafío al sancionar directamente la expresión.

La legislación internacional de derechos humanos deja claro que la expresión puede ser objeto de prevención y sanción cuando equivale a una incitación a la discriminación o a la violencia (artículo 20 del PIDCP, artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial), y debe ser procesada en caso de incitación a la violencia. Sin embargo, la jurisprudencia refleja la necesidad de distinguir claramente entre dicha incitación a la violencia (*Belek and Velioglu v. Turkey*, TEDH, Solicitud N.º 44227/04, sentencia de 6 de octubre de 2015, aps. 24-27), e incluso los comentarios y críticas “hostiles”, “negativos” o “cruels” (*Falakaoglu et Saygili v. Turkey*, TEDH, Solicitud N.º 11461/03, sentencia de 19 de diciembre de 2006, ap. 35). Por ejemplo, el Tribunal Europeo ha observado que es poco probable que las expresiones de simpatía y apoyo generales a una causa o a un dirigente de una “organización terrorista” justifiquen un enjuiciamiento penal (*Observación general N.º 34*, ap. 46), mientras que “un mensaje de intransigencia en cuanto a los objetivos de una organización proscrita no puede confundirse con la incitación a la violencia o al odio” (*Surek and Ozdemir v. Turkey*, TEDH, Solicitudes N.º 23927/94 y 24377/94, Sentencia de 8 de julio de 1999, ap. 61).

Actualmente, las normas internacionales dejan claro que los crímenes de justificación, fomento o *apología* del terrorismo, que pueden no contribuir a futuros actos delictivos, sino que pretenden justificar actos anteriores o simplemente consisten en expresiones de opinión, son muy difíciles de reconciliar con los requisitos de necesidad y proporcionalidad en virtud de las normas internacionales de derechos humanos (Informe del Secretario General de la ONU sobre los derechos humanos y el terrorismo, 2008, ap. 61, *A joint opinion of UN experts on the freedom of expression*, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Reino Unido*, doc. de la ONU CCPR/C/GBR/CO/6, 2008, HCR de la ONU, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Federación de Rusia*, doc. de la ONU CCPR/C/RUS/CO/6, 2009 de octubre de 2009, ap. 3, *El Estado c. Cassandra Vera*, Tribunal Supremo de España (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal), 26 de febrero de 2018; *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, TEDH, Solicitud N.º 51168/15 y 51186/15, sentencia de 13 de marzo de 2018; Sylvia Ayuso, “Estrasburgo dice que quemar fotos del rey español es ‘libertad de expresión’” (El País, 13 de marzo de 2018); Amnistía Internacional, “España: La ley antiterrorista utilizada para aplastar la sátira y la expresión creativa en línea”, 13 de marzo de 2018; Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, “Misuse of anti-terror legislation threatens freedom of expression” 4 de diciembre de 2018).

Por lo tanto, en la medida en que los delitos de "provocación pública" equivalen a la incitación a la violencia futura, pueden ser legítimamente enjuiciados de conformidad con la legislación de derechos humanos, aunque será necesario que haya un nexo próximo entre la expresión y cualquier violencia subsiguiente (un pasaje escrito en una publicación oscura tiene menos probabilidades de superar esta prueba que un discurso ante una multitud enfurecida en una manifestación pública). Una serie de factores diferentes pueden ser pertinentes para determinar si las circunstancias excepcionales justifican la penalización de la expresión. La jurisprudencia y los instrumentos, incluido el Plan de Acción de Rabat, apuntan a algunos de dichos factores relevantes para la evaluación judicial, entre ellos "el contexto, la posición del orador, la intención, el contenido y la forma, el alcance del discurso y la probabilidad, incluida la inminencia, de que el discurso produzca un daño" (el denominado "[Plan de Acción de Rabat](#)" puede proporcionar una orientación útil (no vinculante) sobre lo que constituye una incitación. Véase Apéndice del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Informe al Consejo de Derechos Humanos (CDH de la ONU, [Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso](#), Doc. de la ONU A/HRC/22/17/Add.4, 2013; Helen Duffy y Kate Pitcher, "Inciting Terrorism? Crimes of Expression and the Limits of the Law", 2018)

Los jueces deben asegurarse de que el derecho penal no persiga las expresiones de opinión que no tengan ningún efecto (o que sean insignificantes), o que no tengan la intención de contribuir a la violencia terrorista. La Directiva hace explícito el requisito de que la provocación debe causar al menos un "peligro". Lo dicho es particularmente importante, ya que la Directiva abarca delitos preparatorios/no principales (pertenencia a un grupo terrorista, desplazamiento, financiación, provocación, facilitación de viajes) que no requieren la comisión de un delito principal (Artículo 13). El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la lucha contra el terrorismo y los derechos humanos, en su exposición de las mejores prácticas, ha señalado igualmente que en el caso de los delitos de expresión, la conducta (discurso) debe aumentar la probabilidad de que se cometa un acto terrorista, y debe haber una intención personal y específica de incitar a la comisión de un futuro delito de terrorismo (aunque esto puede inferirse de las circunstancias) (Informe del [Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo](#), p. 29. Véase también el ejemplo del artículo 5 del Convenio del CdE).

Varias leyes nacionales plantean dudas sobre dichos elementos objetivos (de peligro) y subjetivos (de intención de contribuir a un acto terrorista). El 15 de marzo de 2018, el Tribunal Constitucional de Bélgica anuló las disposiciones belgas de amplio alcance sobre la incitación "indirecta" (Ley de 3 de agosto de 2016 sobre diversas disposiciones en la lucha contra el terrorismo (III), [MB 11 Aout 2016](#), 50973), que habían suprimido el requisito de crear "un riesgo grave" de delitos de terrorismo, basándose en que la supresión no era conforme al principio de legalidad, no era "necesaria en una sociedad democrática" o era proporcionada". ([Extrait de l'Arrêt No.31/2018](#)- En causa: El recurso de anulación de la ley de 3 de agosto de 2016 sobre diversas disposiciones en materia de lucha contra el terrorismo (III), interpuesto por la asociación sin ánimo de lucro "Ligue des Droits de l'Homme". Caso N° 2018 /201412 Tribunal Constitucional de Bélgica, 15 de marzo de 2018; véase también sobre la salvaguarda de la libertad de expresión en Internet Decisión N° 20202-801-DC - "Ley para combatir el contenido de odio en Internet", Tribunal Constitucional de Francia, 18 de junio de 2020).

El delito francés de penalizar la "consulta habitual" de páginas web que ponen a disposición mensajes, imágenes o presentaciones que provocan directamente la comisión de actos de terrorismo (art. 421-2-5-2 del Código Penal) fue declarado inconstitucional por el Consejo Constitucional francés por la falta de intención en relación con la actividad terrorista (Decisión 2016-611). El Consejo Constitucional consideró que el delito "ponía en peligro la libertad de comunicación de una manera que no es necesaria, apropiada y proporcionada" (§16).

El Tribunal Supremo italiano establece claramente que "la instigación a cometer un delito, prevista por el art. 414 del Código Penal, es un delito de 'peligro específico' y no de presunto peligro y, por consiguiente, requiere para su configuración un comportamiento que se considera específicamente adecuado, sobre la base de una sentencia 'ex ante', para ser causa de la comisión de crímenes" (Corte di Cassazione Sez. V, 12/9/2019 n. 48247, PM c. De Salvatore).

A la luz de las preocupaciones expresadas por las autoridades internacionales de derechos humanos, como el CDH en el pasado, dichos delitos son difíciles de conciliar con las normas internacionales de derechos humanos y tendrían que ser aclarados e interpretados de manera restrictiva. Varios Estados han establecido como delitos la concepción problemática de la glorificación y el fomento. Por ejemplo, la legislación alemana, en el artículo 91 del StGB incluye "*alentar la comisión de un delito violento grave que ponga en*

peligro al Estado". Difusión (por ejemplo, el artículo 131 del StGB abarca la "difusión de representaciones de violencia" (...) "de manera que exprese la glorificación" como una forma indirecta de incitación al terrorismo). También existen leyes problemáticas sobre 'incitación indirecta' (como en España, el artículo 578 del Código Penal), que reflejan la referencia del considerando 10 a "la glorificación y justificación" del terrorismo, pero sigue siendo una minoría de los Estados de la Unión Europea. La jurisprudencia de los tribunales y las autoridades cuasijudiciales nacionales e internacionales sobre dichas disposiciones ha provocado, en algunos casos, una reforma (véase Pierrick Gardien, "*Loi Avia: Ce qu'a censuré le Conseil Constitutionnel*" (Sísifo Avocats, 18 de junio de 2020), Aureline Breeden *French Court Strikes Down Most of Online Hate Speech Law*' (New York Times, 18 de junio de 2020)).

El Tribunal Supremo de España redujo el ámbito de aplicación de su ley sobre la provocación (Tribunal Supremo (sala de lo Civil), 2 de junio de 2017, Roj: STS 2251/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2251, Véase también <https://verfassungsblog.de/passive-indoctrination-as-a-terrorist-offense-in-spain-a-regression-from-constitutional-rights/>). Los expertos independientes de la ONU, entre otros actores, han expresado su preocupación por las leyes excesivamente amplias que se invocan para procesar a blogueros, artistas y raperos por comentarios hechos en relación con el "terrorismo histórico" (Véase Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, "*Dos proyectos de reformas legales socavan los derechos de manifestación y expresión en España*", dicen los expertos de la ONU", 23 de febrero de 2015; Amnistía Internacional, "*Tuitea..., si te atreves: cómo la leyes antiterroristas restringen la libertad de expresión en España*", marzo de 2018; Amnistía Internacional, "*España: Ley antiterrorista utilizada para aplastar la sátira y la expresión creativa online*", 13 de marzo de 2018), y está en el centro de una disputa de extradición en curso entre Bélgica y España (caso Valtonyc - Un tribunal belga ha rechazado una orden de detención europea contra un rapero acusado de insultar a la familia real española, entre otros delitos).

4. Captación para el terrorismo

Directiva (UE) 2017/541
Artículo 6 **Captación para el terrorismo**

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de instar a otra persona a que cometa o contribuya a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), o en el artículo 4.

Orientación

Al aplicar el delito de reclutamiento para el terrorismo, los jueces deben aplicar un escrutinio minucioso para asegurarse de que las definiciones amplias de acto terrorista y de participación, de las que depende el delito de reclutamiento para el terrorismo, no conduzcan a una aplicación imprevisible y arbitraria del delito en el caso individual que se les presenta. Al aplicar los delitos previstos en el artículo 6, el significado de los delitos previstos en el apartado 1 del artículo 3 y en el artículo 4 debe interpretarse de conformidad con los principios que se exponen en las secciones II.5 y II.6 supra.

Los jueces y fiscales deben velar por que las medidas de investigación, así como el enjuiciamiento y la condena por el delito de reclutamiento de terroristas, no se inmiscuyan innecesaria o desproporcionadamente en la actividad política, religiosa o social legítima, ejercida de conformidad con los derechos a la libertad de asociación, reunión, intimidad, derecho a la vida privada, derecho a la participación política o a la expresión. También deben considerar si la aplicación del delito en un caso particular puede discriminar directa o indirectamente, incluso por cualquier motivo, incluidos los de raza, color, orientación sexual o identidad de género, edad, género, religión, idioma, opinión política o de otra índole, ciudadanía, nacionalidad o situación migratoria, origen nacional, social o étnico, ascendencia, estado de salud, discapacidad, propiedad, situación socioeconómica, nacimiento u otra condición, o una combinación los anteriores.

En particular, el delito de solicitar a una persona que participe en las actividades de un grupo terrorista debe interpretarse en el sentido de que es preciso tener conocimiento del hecho de que el grupo es susceptible de cometer delitos de terrorismo, y la intención, no se trata únicamente de que se solicite a alguien que, por ejemplo, proporcione bienes o servicios, sino también que contribuya de ese modo a las actividades terroristas del grupo.

Comentario

La penalización del reclutamiento para el terrorismo se basa en el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención del terrorismo, y en sucesivas resoluciones del Consejo de Seguridad (2178; 2396). El artículo 6, apartado 2, del Convenio del Consejo de Europa exige a los Estados Partes que tipifiquen como delito la captación para el terrorismo "cuando se cometa ilícita e intencionadamente". El reclutamiento se define en el artículo 6, apartado 1, como "solicitar a otra persona que cometa o participe en la comisión de un delito de terrorismo, o que se incorpore a una asociación o grupo, con el fin de contribuir a la comisión de uno o más delitos de terrorismo por la asociación o el grupo".

En la resolución 2178 del Consejo de Seguridad se dispone que "todos los Estados deben cerciorarse de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se pueda enjuiciar y sancionar de modo que quede debidamente reflejada la gravedad del delito: (...) c) La organización u otro tipo de facilitación deliberadas, incluidos actos de reclutamiento, por sus nacionales o en sus territorios, de los viajes de personas a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo".

Los derechos a la libertad de asociación (artículo 11 del CEDH, artículo 22 del PIDCP, artículo 12 de la Carta de la UE), a la expresión (artículo 10 del CEDH, artículo 19 del PIDCP, artículo 11 de la Carta de la UE), a la libertad de reunión (artículo 11 del CEDH, artículo 21 del PIDCP, artículo 12 de la Carta de la UE), al derecho a la intimidad y al respeto de la vida privada (artículo 8 del CEDH, artículo 17 del PIDCP, artículo 7 de la Carta de la UE), a la libertad de religión o de creencias (artículo 9 del CEDH, artículo 18 del PIDCP, artículo 10 de la Carta de la UE), el derecho a la participación política (artículo 25 del PIDCP) y el derecho a la libertad (artículo 5 del CEDH, artículo 9 del PIDCP y artículo 6 de la Carta de la UE) están comprometidos en el enjuiciamiento de delitos de captación de terroristas, por lo que toda injerencia en estos derechos debe estar debidamente prescrita por la ley, perseguir un objetivo legítimo, ser necesaria y proporcionada a dicho objetivo y ser no discriminatoria.

Las leyes nacionales sobre la captación para el terrorismo suelen ser anteriores a la Directiva, y varían en cuanto a su alcance, incluyendo a veces una delimitación más específica del delito en comparación con el artículo 6 de la Directiva. En Italia, por ejemplo, el delito de captación para el terrorismo se introdujo en 2005, debido a las dificultades para reunir pruebas suficientes para enjuiciar los presuntos casos de captación en el marco del delito existente de actos preparatorios del terrorismo, lo que sugiere un alcance potencialmente más amplio que otros delitos preparatorios. Sin embargo, en virtud del artículo 270 quarter del Código Penal, el reclutamiento debe tener por objeto perseguir un acto de violencia o sabotaje con fines de terrorismo. Corresponde al juez del caso determinar si la organización de que se trate tiene un propósito terrorista.

El Código Penal alemán prohíbe el reclutamiento de miembros y simpatizantes de grupos terroristas (Artículo 129 A subapartado (5) S.2). Se requiere intención como parte del delito (MüKo-StGB/Schäfer §§ 80-185j, 3ª edición 2017, § 129 A Rn. 60; § 129 Rn. 24.). La captación está cubierta además por la disposición general sobre conspiración, (apartado 1 del artículo 30) que estipula que "será responsable la persona que intente inducir a otra persona a cometer un delito grave o a instigar a otra persona a cometerlo".

En Bélgica, la legislación es, en un sentido, más amplia que el artículo 6 de la Directiva: El artículo 140ter del Código Penal, tipifica como delito el acto de reclutar a un tercero para cometer un delito de terrorismo, pero no exige explícitamente que la captación se realice de forma intencionada.

En los Países Bajos, la captación para conflictos armados es punible en virtud del artículo 205 del Código Penal. La intención (también en forma condicional (voorwaardelijk opzet)) se requiere como parte del delito.

5. Adiestramiento y recepción de adiestramiento para el terrorismo

Directiva (UE) 2017/541

Artículo 7 **Adiestramiento para el terrorismo**

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, instruir en la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o en otros métodos o técnicas concretos, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), con conocimiento de que las capacidades transmitidas se utilizarán con tales fines.

Artículo 8 **Recepción de adiestramiento para el terrorismo**

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, recibir instrucción en la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o en otros métodos o técnicas concretos, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i).

Orientación

Al juzgar los delitos de adiestramiento y recepción de adiestramiento para el terrorismo, los jueces deben asegurarse de que los delitos se apliquen de manera coherente, predecible y previsible y evitar la interferencia innecesaria o desproporcionada con los derechos y las libertades fundamentales, incluida la libertad de expresión, la libertad de asociación y el derecho al respeto de la vida privada. La jurisprudencia nacional debe tratar de aclarar, en particular, el alcance de los delitos en lo que respecta al tipo de formación que es objeto de sanción penal, más allá de la lista no exhaustiva indicada en la directiva, a fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar una aplicación excesiva, arbitraria o discriminatoria del delito.

Cuando la intención necesaria para fundamentar el delito no esté claramente definida en la legislación, deberá aclararse mediante la jurisprudencia. La intención debe limitarse a las circunstancias en que exista una intención específica de proporcionar o recibir adiestramiento que contribuya a la comisión de un acto de terrorismo, o la falta de conocimiento de que lo hará.

Los jueces y fiscales deben interpretar los delitos de manera restrictiva y asegurarse de que la aplicación de los delitos de lucha contra el terrorismo, de recibir o impartir capacitación no se aplique de manera discriminatoria, y estar alerta a los sesgos conscientes o inconscientes en todas las etapas de la investigación, el procesamiento y el proceso judicial

Al iniciar investigaciones o enjuiciamientos por los delitos previstos en los artículos 7 y 8, los fiscales deben considerar, sobre la base de los hechos del caso, la posibilidad de que el enjuiciamiento o las medidas de investigación violen el derecho a la educación, la libertad de expresión, incluso en Internet, la libertad de asociación, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, u otros derechos protegidos por el derecho de la Unión Europea y el derecho internacional.

Comentario

Como se establece claramente en los artículos 7 y 8 de la Directiva, el "adiestramiento para el terrorismo" o "recepción de adiestramiento" abarca a quienes imparten o reciben instrucción con el propósito concreto de cometer o contribuir a la comisión de un delito de terrorismo. Los jueces deben evitar la arbitrariedad o la discriminación en la práctica, dado que el delito se basa en gran medida en el elemento subjetivo de la "intención terrorista". Como el delito no se relaciona por sí mismo con ningún acto terrorista en particular, ni siquiera con una tentativa o cualquier medida preparatoria para promover dicho acto, la conducta puede ser indebidamente remota, o el delito demasiado mínimo, como para justificar la intervención del derecho penal en oposición a otras respuestas. No debe aplicarse, p. ej., a los sitios web a los que se accede involuntariamente.

Los jueces deben asegurarse de que se dé efecto al considerando 11 de la Directiva de la UE, que establece que "(...) el mero hecho de visitar sitios web o de recopilar materiales con fines legítimos, como fines académicos o de investigación, no se considera recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de la presente Directiva."

Los delitos previstos en los artículos 7 y 8 plantean cuestiones de libertad de asociación y de libertad de recibir información, y la injerencia debe justificarse cuidadosamente en todas las circunstancias del caso, sobre la base de la conducta y la intención del individuo.

El alcance de estos delitos varía considerablemente entre las distintas legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, y han planteado una serie de problemas en materia de derechos humanos.

- En Italia, con respecto al alcance del artículo 270 *quinquies* (adiestramiento con fines terroristas), en julio de 2011 una sentencia del Tribunal de Casación dejó claro que el adiestramiento no se limita a proporcionar y recibir información. El delito requiere un **programa de educación continuo y sistemático**, que incluya una evaluación de los resultados por parte del instructor. Sin embargo, el programa de educación solo tiene que ser "adecuado" para llevar a cabo actividades terroristas, y el vínculo causal con el principal delito de terrorismo sigue siendo débil.

- En Alemania, como resultado de las **categorías generales** del artículo 89 A del StGB (Código Penal alemán), existe la preocupación de que una **serie de actos neutrales pueden ser penalizados**, como el entrenamiento de vuelo o la compra de un teléfono celular. En principio, dichas leyes podrían permitir que se penalice la adquisición de cualquier habilidad, cuando exista una intención criminal. Sin embargo, el más alto tribunal federal (BGH 3 StR 243/13) considera decisiva una interpretación restrictiva del elemento subjetivo del delito de conformidad con la constitución, según la cual el autor ya debe estar firmemente determinado al llevar a cabo los actos preparatorios para la comisión del grave delito violento que pone en peligro al Estado, como se regula en el artículo 89A, apartado 2, del Código Penal..
- En los Países Bajos, el adiestramiento para el terrorismo es punible en virtud del artículo 134A del Código Penal y se requiere que la intención del acusado forme parte del delito. La intención debe tener por objeto "utilizar los conocimientos o aptitudes adquiridos para cometer un delito de terrorismo o un crimen en preparación del dicho o para facilitarlos" (Documentos parlamentarios II 2007/08, 31386, 3, pág. 9). La intención es un requisito para todos los componentes subsiguientes, incluido el objetivo del adiestramiento que siguen los participantes (Documentos parlamentarios II 2008/09, 31386, 8, pág. 6; Documentos parlamentarios II 2008/09, 31386, 12, pág. 4). El legislador hace una distinción entre la intención de la persona que sigue el adiestramiento y la persona que lo imparte. La intención condicional (voorwaardelijk opzet) es suficiente para la segunda (Procesos II 20 de enero de 2009, 43, pág. 3795). Respecto al primero, no tiene por qué ser necesariamente una intención terrorista, como se menciona en el artículo 93bis del Código Penal. Sin embargo, la persona que sigue el entrenamiento debe tener la "intención" o el "fin malintencionado" de adquirir esos conocimientos o aptitudes con el fin de cometer un delito de terrorismo o un crimen en preparación o facilitación de un delito de terrorismo (Documentos parlamentarios II 2008 / 09, 31386, 8, pág. 8; Documentos parlamentarios II 2008/09, 31386, 12, pág. 3, 4). Esto indica un requisito de intención más pesado que el de intención condicional.
- Algunos países, entre ellos los Países Bajos y España, han incluido el "**autoadiestramiento**" en el ámbito del delito. Como compartió uno de los expertos durante las mesas redondas de la CIJ, en España se tipifica como delito el autoadiestramiento para la comisión delitos de terrorismo y este delito incluye dos presunciones de culpabilidad: **la visita regular a determinados sitios web** y **la posesión de documentos** que puedan fomentar las actividades terroristas. Se requiere intención para este delito, pero su alcance no se aclara en el texto (artículo 575, apartado 1-2 del Código Penal español).
- Algunas jurisdicciones, entre ellas Francia, **no prevén específicamente** requisitos **de intención** en la legislación (artículo 421-2-1 del Código Penal francés (Código Penal). La falta de claridad y precisión de la disposición deja a los jueces la tarea de buscar la intención y tratar de materializarla.

6. Viaje con fines terroristas

Directiva (UE) 2017/541

Artículo 9 **Viaje con fines terroristas**

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de viajar a un país que no sea ese Estado miembro a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del artículo 3, de la participación en las actividades de un grupo terrorista con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas de tal grupo a tenor del artículo 4, o del adiestramiento o la recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de los artículos 7 y 8.
2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifiquen como delito, cuando se cometan intencionadamente, las siguientes conductas:
 - a) el viaje a un Estado miembro a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del artículo 3, de la participación en las actividades de un grupo terrorista con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas de tal grupo a tenor del artículo 4, o del adiestramiento o la recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de los artículos 7 y 8, o
 - b) los actos preparatorios realizados por una persona que entre en dicho Estado miembro con ánimo de cometer o contribuir a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del artículo 3.

Orientación

Al aplicar los delitos de viaje con fines de terrorismo, los jueces y fiscales deben tratar de garantizar que los delitos se apliquen de manera coherente, predecible y previsible y deben velar por que la investigación, el enjuiciamiento o la condena no den lugar, en las circunstancias particulares

de cada caso, a una intromisión innecesaria, desproporcionada o discriminatoria en los derechos de libertad de circulación, las libertades de asociación, reunión o expresión, o los derechos a la intimidad y la vida privada y familiar, o los derechos económicos, sociales y culturales.

En el caso de las personas que viajan a Estados distintos del Estado miembro, los jueces y fiscales deben aplicar los mismos principios a la injerencia en el derecho a salir de cualquier país, incluido el propio (artículo 12 del PIDCP y artículo 2 del Protocolo 4 del CEDH).

En el caso de los nacionales de los Estados miembros, los residentes permanentes, los refugiados u otras personas con fuertes vínculos con el país, que regresen a él, los jueces y fiscales deben tratar de garantizar que cuando la aplicación de una sanción penal suponga una privación de hecho del derecho a regresar a su propio país (artículo 3.2, Protocolo 4 del CEDH, artículo 12.4 del PIDCP) esto sea razonable y esté justificado (GC 27, ap. 21)

Los jueces y fiscales también deben considerar el riesgo de que la investigación, el enjuiciamiento o la condena por el delito de viaje con fines de terrorismo puedan discriminar, directa o indirectamente, a las minorías religiosas o de otra índole que realizan actividades legítimas, en particular a los migrantes y las comunidades de inmigrantes que tienen familiares cercanos y otros vínculos con países que sufren el terrorismo o regiones controladas por grupos terroristas.

Los jueces deben interpretar y aplicar los delitos de viaje con fines de terrorismo de modo que el viaje fracasa únicamente dentro la definición del delito cuando existe un vínculo de proximidad suficiente con el delito principal de terrorismo con arreglo al artículo 3 de la Directiva, con un riesgo real y previsible de que se produzca ese acto de terrorismo.

Los jueces deben interpretar que los requisitos de la legislación nacional sobre la intención de viajar con fines de terrorismo exigen no sólo la intención de viajar, sino también una determinación claramente demostrada de hacerlo con el fin de contribuir o cometer efectivamente el delito principal. La intención de viajar a un país o región determinados no basta por sí sola para fundamentar el delito, ni da lugar a la presunción de que existe una intención específica de terrorismo. El acusado no debe en ningún caso soportar la carga de la prueba al establecer que su viaje tiene un propósito legítimo.

Los viajes con fines humanitarios, incluidos los destinados a apoyar los derechos a la alimentación, la salud, el saneamiento o la vivienda, no deben interpretarse como pertenecientes al ámbito del delito, de conformidad con el considerando 38 de la Directiva y con las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional humanitario y las obligaciones de proteger y cumplir los derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC).

Los viajes para participar en un conflicto regido por el derecho internacional humanitario, sin prueba de la intención específica de participar en actos de terrorismo, no deben interpretarse como comprendidos en el ámbito del delito, de conformidad con el considerando 37 de la Directiva, independientemente de que pueda ser un delito en otras disposiciones de la legislación nacional.

Comentario

En el considerando 12 de la Directiva se apunta a la necesidad, en particular en relación con la situación imperante en el momento en que se promulgó la Directiva, de penalizar los viajes con fines de terrorismo tanto desde como hacia los Estados miembros de la UE, pero se reconoce que ello no tiene por qué hacerse mediante la tipificación específica del hecho de viajar:

“En vista de la gravedad de la amenaza y la necesidad, en particular, de frenar el flujo de combatientes terroristas extranjeros, es preciso tipificar el hecho de viajar al extranjero con fines terroristas, en concreto no solo la comisión de delitos de terrorismo y el adiestramiento y la recepción de adiestramiento, sino también la participación en las actividades de un grupo terrorista. No es indispensable tipificar el acto de viajar como tal. Además, los viajes a territorio de la Unión con fines terroristas constituyen una amenaza creciente en materia de seguridad. Los Estados miembros también pueden decidir tratar la amenaza terrorista derivada del hecho de viajar con fines terroristas al Estado miembro de que se trate mediante la tipificación de los actos preparatorios, entre los que se puede incluir la planificación o la conspiración con vistas a la comisión o la contribución a la comisión de un delito de terrorismo. Debe asimismo tipificarse cualquier acto que facilite tales viajes”.

32 | Lucha contra el terrorismo y promoción y protección de derechos humanos ante los tribunales: Orientación a jueces, fiscales y abogados sobre la aplicación de la Directiva (UE) 2017/541 de la Unión Europea relativa a la lucha contra el terrorismo

En el considerando 38 también se reconoce que la Directiva no se aplica a la ayuda humanitaria, lo que es particularmente pertinente para los delitos previstos en el artículo 9: "La provisión de actividades humanitarias por parte de organizaciones humanitarias imparciales reconocidas por el Derecho internacional, concretamente el Derecho internacional humanitario, no entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

El considerando 37 estipula que: "La presente Directiva no debe suponer la modificación de los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados miembros en virtud del Derecho internacional y, más concretamente, del Derecho internacional humanitario. La presente Directiva no rige las actividades de las fuerzas armadas en períodos de conflicto armado, en el sentido dado a estas expresiones por el Derecho internacional humanitario, que se rijan por dicho Derecho, y las actividades del Ejército de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales, cuando se rijan por otras normas de Derecho internacional.

El delito de viaje con fines de terrorismo tiene sus raíces en la resolución 2178 del Consejo de Seguridad, en cuyo apartado 5, letra c, se exige a los Estados que tipifiquen como delito grave "a sus nacionales que viajen o intenten viajar a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, y demás personas que viajen o intenten viajar desde sus territorios a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo".

El Protocolo del Convenio del Consejo de Europa sobre la Prevención del Terrorismo, basado en la resolución 2178, exigía de los Estados parte que tipificaran como delito "las personas que viajan al extranjero con el propósito de terrorismo.... desde su territorio o por parte de sus nacionales, cuando se realice de forma ilegal e intencionada" (artículo 4.2). En el Protocolo se define "viajar al extranjero con fines de terrorismo" como "viajar a un Estado distinto del Estado de nacionalidad o residencia del viajero con el fin de cometer, colaborar o participar en un delito de terrorismo, o de proporcionar o recibir adiestramiento para el terrorismo." (Artículo 4.1).

Los delitos de viaje con fines de terrorismo promulgados en virtud del artículo 9 conllevan riesgos particulares de interferencia arbitraria, desproporcionada y discriminatoria con el derecho a la libertad de circulación (artículo 2.1 del Protocolo 4 del CEDH, artículo 12.1 del PIDCP, artículo 45 de la Carta de la UE), la libertad de salir de cualquier país, incluido el propio (artículo 12.2 del PIDCP y artículo 2.2 del Protocolo 4 del CEDH).

Especialmente aplicable al delito de viajar a un Estado Miembro con fines de terrorismo es el derecho a que no se le impida arbitrariamente la entrada en su propio país, protegido por el artículo 12 del PIDCP, y que se aplica no sólo a los nacionales sino también a los residentes permanentes y otras personas con vínculos estrechos con el país. (observación general 27 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (ap. 20)).

Los amplios términos del artículo 9 y de los delitos conexos en virtud de los artículos 3 y 4 de la Directiva, le permiten un ámbito de aplicación potencialmente muy amplio e incierto que requiere salvaguardias legislativas y judiciales nacionales para que su ámbito de aplicación sea suficientemente seguro y previsible, y para impedir su aplicación arbitraria o discriminatoria. La Relatora Especial de la ONU sobre la lucha contra el terrorismo y los derechos humanos, en su [informe tras su visita a Bélgica](#) (Doc. ONU A/HRC/40/52/Add.5, 2019), señala a la atención: "las dificultades de enjuiciar los 'viajes con fines terroristas' de manera que se cumplan las normas de derechos humanos, incluidos los derechos a la libertad de circulación, expresión y asociación, así como el principio de legalidad, lo que requiere un cierto nivel de precisión y previsibilidad en la legislación" (ap. 23). Destacó "la importancia de que los enjuiciamientos se lleven a cabo sobre la base de pruebas concluyentes de la intención de cometer delitos de terrorismo" y advirtió que "la interpretación amplia del apoyo al terrorismo puede dar lugar a una interpretación demasiado amplia del delito de viajar con la intención de cometer actos terroristas" (ap. 23).

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación general N.º 27 sobre el derecho a la libertad de circulación (doc. de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 1999), ha destacado el papel de las salvaguardias judiciales para garantizar la proporcionalidad de las restricciones a la libertad de circulación: "El apartado 3 del artículo 12 indica claramente que no basta con que las restricciones sirvan para los fines permitidos; también deben ser necesarias para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para cumplir su función protectora; deben ser el instrumento menos intrusivo entre los que puedan lograr el resultado deseado; y deben ser proporcionales al interés que se pretende proteger... El principio de proporcionalidad debe ser respetado no sólo en la ley que defina las restricciones, sino también por las autoridades administrativas y judiciales en la aplicación de la ley. Los Estados deben velar por que cualquier proceso relacionado con al ejercicio o la restricción de esos derechos sea diligente y por que se expongan las razones de la aplicación de medidas restrictivas" (aps. 14 y 15).

Los marcos legislativos nacionales varían entre los que han sancionado delitos específicos de viajes con fines de terrorismo y los que se basan en los delitos más generales anejos al terrorismo, para tipificar los viajes. La legislación nacional también varía en cuanto a la intención requerida para la comisión del delito.

Por ejemplo, en los Países Bajos no existe el delito específico de viajar con fines de terrorismo. En cambio, viajar con fines de terrorismo ya es punible como conducta consistente en tomar actos preparatorios para participar en un conflicto armado u otros delitos de terrorismo (Tribunal de Apelación de Ámsterdam 27 de julio de 2017, [ECLI:NL:GHAMS:2017:3041](#)).

La legislación belga establece el delito de viaje y hace hincapié en la intención terrorista, más que el conocimiento de la contribución a las actividades delictivas de un grupo terrorista. En particular, el artículo 141 bis del Código Penal belga excluye de todos los delitos de lucha contra el terrorismo “los actos de las fuerzas armadas en una situación definida y sujeta al derecho internacional humanitario” y “los actos de las fuerzas armadas de un Estado en el marco de sus misiones oficiales, en la medida en que dichas misiones estén sujetas a otras disposiciones del derecho internacional”. El Relator Especial sobre la lucha contra el terrorismo y los derechos humanos acogió con satisfacción esta restricción como una importante salvaguardia en el informe que presentó tras su visita a Bélgica (ap. 24).

Sin embargo, con o sin dicha excepción, los tribunales nacionales tal vez tengan que determinar si el DIH es aplicable a la conducta en cuestión para decidir si el enjuiciamiento es apropiado en absoluto, para imputar adecuadamente de manera que no menoscabe el DIH, a la luz de la estipulación del considerando 37 de que la Directiva no rige los conflictos armados.

7. Organización o facilitación de viajes con fines terroristas

Directiva (UE) 2017/541

Artículo 10 **Organización o facilitación de viajes con fines terroristas**

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, todo acto de organización o facilitación con el que se ayude a cualquier persona a viajar con fines terroristas a tenor del artículo 9, apartado 1, y apartado 2, letra a), con conocimiento de que la ayuda prestada tiene dicha finalidad.

Orientación

Los principios establecidos en relación con el artículo 10, al igual que el artículo 9, también se aplican a los delitos de organización o facilitación de viajes con fines de terrorismo. Sin embargo, este delito plantea el riesgo de un alejamiento aún mayor y de un abuso más grave, dado que es un paso más en el camino hacia el delito principal. En vista de ello, los jueces y fiscales deben tratar de evitar la aplicación del derecho penal a una conducta que no tenga un riesgo previsible de contribución intencional a un acto de terrorismo.

Como en el caso de los delitos previstos en el artículo 9, los jueces y fiscales deben interpretar el requisito de la intención, no sólo como la intención de organizar o facilitar el viaje, sino como la intención de contribuir, aunque sea de manera indirecta, a un acto de terrorismo, o, como mínimo, el desconocimiento deliberado de que las acciones de uno lo harán.

Comentario

El artículo 10 de la Directiva refleja las disposiciones de la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad (apartado 6). También trata de reflejar el Protocolo del Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo. El apartado 2 del artículo 5 del Protocolo exige la tipificación de la “financiación de viajes al extranjero con fines terroristas” intencionada, que se define como “suministrar o recaudar, directa o indirectamente, por cualquier medio, fondos que permitan, parcial o totalmente, a cualquier persona viajar al extranjero para fines terroristas (...) a sabiendas de que los fondos están destinados, en su totalidad o en parte, a este fin” (apartado 1 del artículo 5).

El artículo 6 del Protocolo exige a los Estados Miembros que tipifiquen “organizar o facilitar de otro modo los viajes al extranjero con fines de terrorismo” (apartado 2 del artículo 6), definido como “todo acto de organización o ayuda destinado a asistir a cualquier persona que viaje al extranjero con fines terroristas, (...) a sabiendas de que la asistencia así prestada es para fines de terrorismo” (apartado 1 del artículo 6).

La ambigüedad y la amplitud de la “facilitación” de los viajes, y su potencial para abarcar conductas que no tienen un vínculo próximo con los actos terroristas, exige un enfoque particularmente riguroso de la interpretación y la aplicación de este delito.

8. Financiación del terrorismo

Directiva (UE) 2017/541

Artículo 11 **Financiación del Terrorismo**

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de aportar o recaudar fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con ánimo de que se utilicen o con conocimiento de que se vayan a utilizar, en su totalidad o en parte, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3 a 10.
2. Cuando la financiación del terrorismo contemplada en el apartado 1 del presente artículo se refiera a alguno de los delitos establecidos en los artículos 3, 4 o 9, no será necesario que los fondos se utilicen efectivamente, en su totalidad o en parte, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de dichos delitos, ni que el responsable criminal tenga conocimiento del delito o delitos concretos para los que se van a utilizar dichos fondos.

Orientación

Al tipificar los delitos de financiación del terrorismo, los jueces y fiscales deben asegurarse de que los delitos se apliquen de manera coherente, predecible y previsible, y su interpretación debe cumplir los requisitos de seguridad jurídica e impedir la injerencia arbitraria o desproporcionada en los derechos, incluidos los derechos a la intimidad y la vida privada y familiar, la libertad de expresión, la libertad de asociación y el derecho a la participación política. Los jueces y los fiscales deben interpretar el alcance del delito de forma estricta.

Cuando la intención necesaria para fundamentar el delito no esté claramente definida en la legislación, deberá aclararse mediante la jurisprudencia. La intención debe limitarse a la intención específica de contribuir, directa o indirectamente, a la comisión del delito principal de terrorismo o, como mínimo, al desprecio deliberado del conocimiento de que las acciones de uno lo harán.

Los jueces y fiscales no deben tipificar el delito de manera que se restrinjan las actividades legítimas de la sociedad civil, incluida la prestación de asistencia humanitaria o la defensa de los derechos humanos, o la prestación de servicios básicos y el acceso a ellos.

Los jueces y fiscales deben velar por que las medidas de investigación, así como el enjuiciamiento y la condena por delitos de financiación del terrorismo, no discriminen, directa o indirectamente, en particular por motivos de religión, nacionalidad o raza, incluso en lo que respecta a los derechos al respeto de la vida privada y familiar, y a la libertad de asociación.

Comentario

Cuando se aplica el artículo 11 relativo a los delitos contemplados en los artículos 3, 4 y 9, no existe en la Directiva el requisito de que los fondos se utilicen de hecho, total o parcialmente, para cometer un delito de terrorismo o contribuir a él, ni que el delincuente sepa para qué delito o delitos específicos se van a utilizar los fondos. No es necesario que se cometa realmente un delito principal. Ello conlleva el riesgo de una aplicación arbitraria o discriminatoria del delito.

Es posible cuestionar la capacidad de una persona para determinar, mediante la redacción de las disposiciones, si su comportamiento es ilícito o no y, por lo tanto, considerado por algunos expertos entrevistados por la CIJ, no conforme con el principio de legalidad.

Si se interpretan en sentido amplio, los delitos contemplados en el artículo 11 pueden tener efectos perjudiciales en las actividades legítimas de la sociedad civil, incluidas las actividades destinadas a proteger los derechos humanos mediante la **prestación de asistencia humanitaria**. En el considerando 38 de la Directiva se reconoce que la Directiva no se aplica a la ayuda humanitaria: “La provisión de actividades humanitarias por parte de organizaciones humanitarias imparciales reconocidas por el Derecho internacional, concretamente el Derecho internacional humanitario, no entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.” Sin embargo, la Directiva no aplica el principio a otras formas de actividad pública, incluida la labor de los defensores de los derechos humanos.

Según la Relatora Especial sobre la lucha contra el terrorismo y los derechos humanos, las comunidades locales y las más vulnerables y afectadas por el "extremismo violento", suelen ser las que corren mayor riesgo de desfinanciamiento y falta de apoyo por el efecto posterior del enfoque de la financiación del terrorismo basado en los riesgos y la falta de una exención humanitaria amplia (consejo de Derechos Humanos de las ONU, [Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo](#), Doc. de la ONU A/HRC/43/46, 2020, ap. 45).

Muchas de las medidas internacionales y nacionales destinadas a combatir la financiación del terrorismo y a tipificar como delito el apoyo material al terrorismo han tenido el efecto indirecto de restringir el espacio en el que pueden operar las ONG humanitarias y de derechos humanos y otras organizaciones de la sociedad civil ([Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo](#), Doc. de la ONU A/70/371, 2015, ap. 10).

El Grupo de Acción Financiera Internacional ha señalado que las organizaciones sin ánimo de lucro (OSAL) desempeñan un papel vital en la sociedad, en particular sus esfuerzos por proporcionar "servicios esenciales, consuelo y esperanza a los necesitados en todo el mundo". En consecuencia, "las medidas adoptadas por los países para proteger el sector de las OSAL contra el abuso terrorista no deben perjudicar ni desalentar las actividades caritativas legítimas". Esas medidas deben promover la transparencia y generar una mayor confianza en que los fondos y servicios de beneficencia lleguen a los beneficiarios legítimos previstos. Las medidas adoptadas por los gobiernos deben "en la medida en que sea razonablemente posible, evitar todo efecto negativo sobre los beneficiarios inocentes y legítimos de las actividades caritativas" (Nota interpretativa de la recomendación 8 del Grupo de Acción Financiera Internacional, establecido en 1989 por iniciativa del Grupo de los 7, citada por la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, A/70/371, 18 de septiembre de 2015, ap. 18).

En los Países Bajos, en el marco del delito de financiación del terrorismo, la **intención condicional** (voorwaardelijk opzet) ya es suficiente (Tribunal de Apelación de La Haya, 10 de marzo de 2017, [ECLI:NL:GHDHA:2017:642](#), par. 6.2.2.1.). Por consiguiente, una persona podría ser acusada de financiar el terrorismo en una situación en la que esa persona sólo tiene la intención de enviar a un miembro de la familia dinero con fines benignos, como por ejemplo para medicamentos.

9. Complicidad, inducción y tentativa

Directiva (UE) 2017/541
Artículo 14 **Complicidad, inducción y tentativa**

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se castigue la complicidad en la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3 a 8, 11 y 12.
2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se castigue la inducción a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3 a 12.
3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se castigue la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3, 6 y 7, el artículo 9, apartado 1 y apartado 2, letra a), y los artículos 11 y 12, con excepción de la tenencia a tenor del artículo 3, apartado 1, letra f), y del delito a tenor del artículo 3, apartado 1, letra j).

Orientación

Los mismos principios enunciados anteriormente en relación con los delitos previstos en la Directiva se aplican también a los delitos de complicidad, inducción de dichos delitos. Dichos delitos, al ser accesorios de delitos ya accesorios, que pueden definirse de forma amplia, deben aplicarse con especial cuidado para garantizar que su aplicación sea previsible y que las restricciones de los derechos humanos que conlleva la investigación y el enjuiciamiento sean necesarias, proporcionadas y no discriminatorias.

Los jueces y fiscales que apliquen los delitos de complicidad de conformidad con artículo 14, apartado 1, deben exigir una clara conexión causal entre la conducta del sospechoso o acusado y la comisión de un delito principal de terrorismo con arreglo al artículo 3. La jurisprudencia debe limitar la intención necesaria para cometer el delito de complicidad a la intención de ayudar o instigar un delito principal de terrorismo, excluyendo la intención de limitarse a la mera ayuda, por ejemplo, al adiestramiento, sin el conocimiento de que dicho adiestramiento tenía un propósito terrorista.

El delito de incitación previsto en el artículo 14, apartado 2, debe aplicarse de manera que se garantice que cualquier interferencia con el derecho a la libertad de expresión que conlleve la investigación o el enjuiciamiento del delito sea previsible, y que la conexión causal con el delito principal, y la intención de incitar al mismo, sean claras y estén suficientemente circunscritas para proteger contra una interferencia arbitraria, desproporcionada o discriminatoria en la libertad de expresión (véase más arriba el comentario sobre la provocación pública).

A fin de cumplir las normas de previsibilidad en virtud del principio de legalidad, y evitar la injerencia arbitraria en los derechos humanos, los jueces y fiscales que tipifiquen el delito de tentativa en virtud del artículo 14, apartado 3, deberán exigir una estrecha relación con la comisión del delito principal, con un riesgo real y previsible de que esa conducta delictiva principal se produzca de hecho. Las meras expresiones de motivación, sin una manifestación más concreta de la intención de llevar a cabo efectivamente un acto delictivo principal, no deberían bastar para tipificar el delito de tentativa.

IV. Los derechos de los sospechosos en el proceso penal: investigación, enjuiciamiento y juicio

1. Investigación y recopilación de pruebas

Orientación

Las leyes y normas, prácticas y salvaguardias internacionales de derechos humanos que se aplican a la investigación de todos los delitos penales también deberían aplicarse a los delitos de terrorismo, incluidos los contemplados en la Directiva. Las salvaguardias no deberían debilitarse o desatenderse en la práctica por el carácter “excepcional” de los delitos de terrorismo. Incluso cuando la ley prevea procedimientos excepcionales, y/o durante un estado de excepción declarado y proclamado legalmente que implique derogaciones legales de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, éstos deberían interpretarse y aplicarse de modo que se preserven las salvaguardias de los derechos humanos en el procedimiento penal ordinario en la mayor medida posible. Deben cumplir en todo momento las normas básicas no derogables de un juicio imparcial.

Comentario: Algunos Estados miembros han optado por ocuparse de los casos de terrorismo centralizando o creando especializaciones dentro del sistema de investigación, enjuiciamiento y juicio de los casos. Estos tribunales especializados pueden aplicar las normas ordinarias de prueba y procedimiento, o pueden aplicar ciertas modificaciones de procedimiento en los casos de terrorismo (sobre el establecimiento de tribunales especiales, véase además, *Legal Commentary to the Berlin Declaration*, págs. 63 y 64). Independientemente del tribunal competente, la legislación nacional aplica procedimientos especiales en los casos de lucha contra el terrorismo en varios Estados miembros, incluso en lo que respecta a la detención, la vigilancia y otras medidas de investigación. Dichos procedimientos especiales requieren una aplicación judicial y un examen minucioso para garantizar su conformidad con los derechos a la libertad (artículo 5 del CEDH, artículo 9 del PIDCP, artículo 6 de la Carta de la UE), a un juicio imparcial (artículo 6 del CEDH, artículo 14 del PIDCP, artículo 47 de la Carta de la UE), a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 3 del CEDH, artículo 7 del PIDCP, Comité contra la Tortura, artículo 4 de la Carta de la UE), y al derecho al respeto de la vida privada (artículo 8 del CEDH, artículo 17 del PIDCP, artículo 7 de la Carta de la UE). A continuación se examinan las obligaciones relativas a cada uno de estos derechos. Como se ha señalado anteriormente en la sección II.5, los derechos, incluido el de no ser sometido a torturas ni a otros malos tratos, y los elementos básicos del derecho a un juicio imparcial no pueden suspenderse y son aplicables en todo momento.

• Recogida de pruebas

Orientación:

La recogida efectiva de pruebas es necesaria para cumplir las obligaciones de derecho internacional en materia de investigación, imputación y reparación de los delitos de derecho internacional, incluidos los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, la esclavitud, la tortura, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales y los crímenes violentos de terrorismo. Se trata de una cuestión específica en lo que respecta a las pruebas procedentes de zonas de conflicto armado, de graves disturbios internos o de zonas en que se ha quebrantado el estado de derecho. La recogida de pruebas en apoyo del enjuiciamiento por los delitos más graves debería

ser una prioridad, y debería hacerse todo lo posible por garantizar la recogida exhaustiva y competente de pruebas para dichos fines.

Para que un enjuiciamiento siga adelante, o para que se emprenda una acción de investigación en un caso de lucha contra el terrorismo, se deben reunir suficientes pruebas corroborantes al mismo nivel que se aplicaría a los delitos comunes, a la luz de la presunción de inocencia. Siempre se debe evitar depender de información de inteligencia no corroborada, ya sea de servicios de inteligencia nacionales o extranjeros. No debe considerarse que una sola prueba indirecta sea una base suficiente para una medida de investigación, un enjuiciamiento o una condena.

No se debe conceder ninguna importancia a las pruebas que puedan basarse en presunciones discriminatorias (como las pruebas de prácticas o vestimenta religiosas).

La inclusión en una lista de "terroristas", nacional o internacional, incluidas las elaboradas en virtud de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, o la pertenencia a una organización incluida en dicha lista no debe considerarse en sí misma prueba suficiente de ningún delito. Los méritos de la lista deben ser siempre objeto de escrutinio judicial mediante el acceso a la justicia por parte de la persona incluida en la lista y sus representantes.

La información obtenida mediante tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, coerción u otros medios que constituyan una violación grave de los derechos humanos de un acusado o de un tercero, nunca es admisible como prueba y no debe ser invocada en ningún proceso. En los casos en que se alegue que la información puede haberse obtenido por esos medios, es responsabilidad del juez velar por que se lleve a cabo una investigación exhaustiva, imparcial y eficaz de las alegaciones.

Comentario: El artículo 15 de la Convención contra la Tortura determina: "Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún proceso (...)" ([Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes](#)). El Comité contra la Tortura de la ONU ha aclarado que esto se aplica también en relación con los tratos inhumanos y degradantes, y que no se puede imponer ninguna limitación a esta prohibición en ninguna circunstancia (Convención contra la Tortura de la ONU, Observación general N.º 2 - [Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes](#) (2008), UNDOC CAT/C/GC/2, ap. 6). Además, las pruebas obtenidas mediante otras violaciones también pueden ser inadmisibles, y/o pueden dar lugar a obligaciones de no cooperación con los procesos penales.

Las Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los fiscales recomiendan que: "Cuando los fiscales tengan en su poder pruebas contra sospechosos y sepan o tengan sospechas **fundadas de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave de los derechos humanos del sospechoso**, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes u otros abusos de los derechos humanos, se negarán a utilizar esas pruebas contra cualquier persona, salvo contra quienes hayan empleado esos métodos, o lo informarán a los tribunales, y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables de la utilización de dichos métodos comparezcan ante la justicia." (Octavo Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, [Directrices sobre la Función de los Fiscales](#), 1990, Directriz 16).

En consecuencia, "es (...) también deber de los jueces estar particularmente atentos a cualquier signo de maltrato o coerción de cualquier tipo que pueda haber tenido lugar en el curso de las investigaciones penales o durante la detención y adoptar las medidas necesarias siempre que se enfrenten a una sospecha de maltrato" (ONU, [Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers](#), 2003, pág. 231).

Las "listas negras" nacionales/UE/internacionales de personas u organizaciones compiladas por los gobiernos nacionales o las organizaciones intergubernamentales no deben ser determinantes para el propósito de las investigaciones, y el caso siempre debe ser investigado independientemente de la lista. Cuando dichas listas se presenten como pruebas en una causa penal, el fondo de la lista debe estar siempre sujeto al escrutinio judicial, para evitar que las decisiones del ejecutivo sean determinantes para el proceso judicial (véase también CIJ, [Assessing Damage, Urging Action – Report of the Eminent Jurists Panel](#), págs. 113 a 117).

La lista de terroristas de la UE ha sido previamente impugnada judicialmente. En ella figuraban los LTTE (Tigres de Liberación del Eelam Tamil) que tuvieron que ser retirados tras una [decisión del Tribunal de Justicia de la UE \(TJEU\)](#). El Tribunal sostuvo que, con una decisión por la que se incluye a una persona o grupo en la lista relativa a los fondos bloqueados, el Consejo debe, **a intervalos periódicos**, y al menos una vez cada seis meses, estar convencido de que hay motivos para seguir incluyendo a la parte interesada en la lista en cuestión. El Tribunal también dijo que una inclusión en dicha lista debe siempre revelar de manera clara e inequívoca **el razonamiento** seguido por la institución que adoptó la medida de manera que permita la **revisión de su legalidad**.

Según el Tribunal Supremo italiano (Sez. V n. 31389, 11/6/2008, Bouyahia) la inclusión de una organización en las listas de asociaciones terroristas elaboradas por el Consejo de Seguridad de la ONU, de conformidad con la resolución n.º 1267, sólo puede utilizarse como punto de partida de la investigación. No debe utilizarse en sí misma como prueba del propósito terrorista llevada a cabo por la propia asociación, que debe formarse necesariamente según las normas prescritas por el derecho procesal.

Las facultades de los funcionarios de la justicia penal, desde el análisis preliminar de la situación y la identificación de objetivos, hasta el registro y la incautación, la vigilancia o la detención, deben ejercerse de manera no discriminatoria.

Las obligaciones de investigar y enjuiciar los delitos internacionales se derivan del derecho penal internacional, así como del derecho internacional humanitario y de las normas internacionales de derechos humanos (por ejemplo, los artículos 4, 5, 7, 12 del Comité contra la Tortura, los artículos 3 y 12 de la CPED, los artículos 2 y 3 del asunto *McCann c. el Reino Unido*, el artículo 2, apartado 3, del PIDCP, el apartado 18 de la Observación general N.º 31 del CDH). Estas obligaciones están estrechamente relacionadas con los derechos de las víctimas de crímenes internacionales a un recurso y una reparación efectivos, incluido el derecho a la verdad (en lo que respecta a las obligaciones de derecho internacional de investigar y enjuiciar, y de proveer recursos y reparaciones. Véase más adelante: [The Right to Remedy and Reparations for Gross Human Rights Violations - A Practitioners' Guide](#)). En la práctica, la falta de recogida de pruebas de delitos según el derecho internacional, incluso en situaciones de conflicto armado, y la relativa facilidad con que se pueden obtener pruebas para los delitos auxiliares del terrorismo pueden dar lugar a un enjuiciamiento de los sospechosos de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad por delitos accesorios de menor importancia, como los viajes con fines de terrorismo, o la pertenencia a un grupo terrorista, dejando a las víctimas sin justicia ni verdad por los delitos cometidos contra ellas. La existencia en el derecho interno de delitos accesorios de terrorismo no puede constituir un sustituto adecuado del enjuiciamiento por delitos internacionales.

• Búsqueda, vigilancia e interceptación de la comunicación

Orientación:

Los jueces, en su supervisión de las medidas de investigación, así como en el juicio, y los fiscales, deben velar por que se respete el derecho a la intimidad y el respeto de la vida privada y familiar en todas las etapas del procedimiento, incluidas la investigación y la recopilación de pruebas, el enjuiciamiento y el juicio. Deben considerar si toda injerencia en esos derechos está debidamente prescrita por la ley (incluso mediante una ley que sea clara en cuanto a su alcance y los procedimientos aplicables, y cuya aplicación sea razonablemente previsible), es necesaria y proporcionada al objetivo legítimo que persigue, y no es directa o indirectamente discriminatoria.

El respeto del derecho a la intimidad y la vida privada debe ser un elemento central de las decisiones sobre la vigilancia o la interceptación de comunicaciones, así como de su supervisión judicial, y las consideraciones relativas a la seguridad nacional deben sopesarse cuidadosamente con respecto a los derechos a la intimidad y la vida privada y familiar, a la luz del delito concreto y las circunstancias individuales del caso.

Cualquiera de esas medidas debería tener un alcance específico y estar limitada en el tiempo. En particular, esas medidas de investigación no deben utilizarse de manera desproporcionada contra un grupo, incluidos determinados grupos étnicos, nacionales o religiosos.

El examen judicial independiente de la vigilancia e interceptación de las comunicaciones es fundamental para garantizar que se cumplan las obligaciones en materia de derechos humanos. Al examinar o autorizar la vigilancia o interceptación de las comunicaciones por delitos de lucha contra el terrorismo, los jueces no deben aceptar automáticamente las afirmaciones de las auto-

ridades del Estado de que las medidas son necesarias con fines de seguridad nacional, sino que deben determinar si son necesarias, proporcionadas y no discriminatorias en las circunstancias particulares del caso.

La recepción, retención y utilización de información o pruebas de otros Estados también puede violar las obligaciones de derecho internacional cuando el material se haya obtenido en violación de los derechos humanos, incluidos la tortura y los malos tratos. Antes de basarse en esa información o pruebas, los fiscales deben establecer que no se ha obtenido en violación de los derechos humanos y deben trabajar para asegurar que se dispone de sistemas para determinar esa violación y, cuando se establezca, rechazar la información por estas razones.

Comentario: El derecho a la privacidad está protegido por el artículo 17 del PIDCP contra las interferencias ilegales o arbitrarias. Las interferencias que no se ajusten a los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación son arbitrarias e ilegales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aceptado que, si bien constituye una injerencia en los derechos humanos, la vigilancia encubierta puede ser permisible, pero sólo en condiciones excepcionales (*Klass y otros c. Alemania*, TEDH, Solicitud N.º 5029/71, Sentencia de 6 de septiembre de 1978, ap. 58.). El Tribunal exige que en el caso de los planes de vigilancia discreta haya salvaguardias eficaces, por ejemplo, un órgano de vigilancia independiente (*Klass y otros c. Alemania*, ap. 55 y ss.).

Las medidas de vigilancia son casi invariablemente consideradas por el TEDH como interferencias, aunque con distintos grados de gravedad, con el derecho al respeto de la vida privada, el hogar o la correspondencia de las personas afectadas (*Amann c. Suiza*, TEDH, Solicitud N.º 27798/95, Sentencia de 16 de febrero de 2000; y *Kennedy v. the United Kingdom*, *Klass y otros c. Alemania*, *Bărbulescu c. Rumania* TEDH, Solicitud N.º 61496/08, Sentencia de 5 de septiembre de 2017).

La Resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad de la ONU hace especial hincapié en la recopilación y el intercambio de información, inteligencia y pruebas, incluso de zonas en conflicto, y en las medidas judiciales y la cooperación internacional para garantizar que toda persona que participe en la planificación, preparación o perpetración de actos terroristas sea llevada ante la justicia. Sin embargo, al hacerlo, la resolución deja claro que los Estados deben cumplir las normas internacionales de derechos humanos. Pueden surgir problemas tanto en lo que respecta a la *recepción* y utilización de la información reunida en virtud de las violaciones de los derechos humanos cometidas por Estados extranjeros como las consecuencias para los derechos humanos del intercambio de información y pruebas con dichos Estados.

El actual Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo ha señalado que "(...) el principio de intercambio de información entre los Estados basado en los derechos humanos y el imperio de la ley no es de por sí objetable. Pero el principio de compartir supone que todos los Estados valoran la privacidad por igual; no utilizan indebidamente la información para dirigirse a personas ajenas al estado de derecho; y que las prácticas de información, incluidas la integridad, el anonimato y la destrucción, según proceda, se basan en el estado de derecho" (*The UN Security Council, Global Watch Lists, Biometrics, and the Threat to the Rule of Law*, Just Security, 17 de enero de 2018).

2. Detención en casos de lucha contra el terrorismo

Orientación:

La revisión judicial rápida, independiente y eficaz de la detención es un derecho garantizado por el derecho internacional en todo momento, y es crucial para la protección contra la privación arbitraria de la libertad (artículo 5 del CEDH, artículo 9 del PIDCP (Observación General N.º 36), artículo 6 de la Carta de la UE), así como para la protección contra la tortura u otros malos tratos durante la detención (artículo 3 del CEDH, artículo 7 del PIDCP, artículo 4 de la Carta de la UE, Comité contra la Tortura). Además del derecho a comparecer rápidamente ante un tribunal en virtud de la detención, todas las personas detenidas tienen derecho, en cualquier momento mientras estén privadas de libertad, a tener acceso a un tribunal para impugnar la legalidad de su detención mediante proceso de hábeas corpus o análogo (apartado 4 del artículo 9 del PIDCP, artículo 7 del CEDH).

Al autorizar o revisar la detención preventiva por cargos de lucha contra el terrorismo con arreglo a la Directiva, en particular por delitos accesorios que no están directamente relacionados con

actos violentos de terrorismo, los jueces deben examinar el fundamento jurídico de la detención, así como su necesidad y proporcionalidad. Los jueces deben considerar alternativas a la detención y, en todos los casos, deben imponer la detención sólo como último recurso. En los casos de lucha contra el terrorismo, al igual que en el caso de otros delitos, la detención preventiva debería considerarse una medida excepcional. La detención administrativa, no será lícita en ausencia de una derogación válida del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 9, apartado 4, del PIDCP en virtud de un estado de excepción declarado y notificado.

Los jueces que revisen la detención deben determinar si se ha concedido al detenido un acceso rápido, regular y confidencial a la asistencia letrada competente e independiente de su elección, incluida la asistencia letrada gratuita cuando sea necesaria. También deben determinar si el detenido tiene acceso a sus familiares y a la atención médica necesaria. Deben examinar toda denuncia o prueba de que el detenido ha sido sometido a torturas u otros malos tratos, o ha permanecido en condiciones crueles, inhumanas o degradantes.

Los fiscales y los jueces deben garantizar que los detenidos sean informados sin demora de los motivos de la detención y de cualquier prueba en su contra.

Los fiscales y los jueces deben estar atentos a los posibles efectos discriminatorios de las medidas de detención preventiva, incluso por motivos de origen étnico, nacionalidad o religión.

Comentario: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad de su persona (artículo 9 del PIDCP, artículo 5 del CEDH, artículo 6 de la Carta de la UE). La privación de libertad nunca debe ser arbitraria, y debe realizarse con arreglo a un procedimiento establecido por la ley, por uno de los motivos autorizados en el artículo 5 del CEDH. En el contexto de la lucha contra el terrorismo se trata de: tras la condena por un tribunal competente (artículo 5, apartado 1, letra a), por incumplimiento de una orden judicial legítima o para garantizar el cumplimiento de una obligación legal (artículo 5, apartado 1, letra b), tras una detención legal con el fin de poner a la persona detenida a disposición de la autoridad legal competente por tener sospechas razonables de haber cometido un delito o cuando se considere razonablemente necesario para impedir que la persona cometa un delito o huya después de haberlo cometido (Artículo 5, apartado 1, letra c), y para impedir la entrada no autorizada en el país o en espera de la deportación o la extradición (Artículo 5, apartado 1, letra f). La detención administrativa no está permitida sin una derogación válida del artículo 5 del CEDH.

El artículo 9, apartado 1, del PIDCP establece que “nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en dicha ley”. Según la interpretación del Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH) en su Observación General N.º 35 (que abarca el artículo 9, libertad y seguridad de la persona) “la noción de arbitrariedad no debe equipararse con “contra la ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia para incluir elementos de inoportunidad, injusticia, falta de previsibilidad y de garantías procesales, así como elementos de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad” (ap. 12).

El derecho y las normas internacionales de derechos humanos reconocen que toda persona privada de libertad mediante arresto o detención por cualquier motivo tiene derecho a impugnar la legalidad de la detención ante un tribunal y a ser puesta en libertad si se determina que la detención no es legal (por ejemplo, el artículo 9, apartado 4, del PIDCP). Además, las personas detenidas por motivos penales tienen derecho a ser llevadas sin demora ante un juez u otro funcionario judicial (por ejemplo, el artículo 9, apartado 3, del PIDCP). Véase también el *Conjunto de Principios de la ONU para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, artículos 4, 11, 32, 37, y el *Comité de Derechos Humanos, Observación general N.º 36, artículo 6 (Derecho a la vida)*.

Toda privación de libertad debe ser objeto de una revisión judicial rápida y automática de la legalidad de la detención, con garantías de un proceso justo y eficaz en cada caso concreto. La autoridad judicial debe estar en condiciones de dictar una orden de puesta en libertad rápida y efectiva si considera que la detención es ilícita según la legislación nacional o la legislación internacional de derechos humanos o de la Unión Europea. La revisión de la legalidad de la privación de libertad debe incluir la consideración de los fundamentos jurídicos y fácticos afirmados para justificar la detención, así como su necesidad, racionalidad y proporcionalidad. Al determinar el impacto de la detención, los jueces deben tener en cuenta la edad, el género, el estado de salud y otras circunstancias personales pertinentes del individuo (*Cruz Varas y otros c. Suecia*, 46/1990/237/307, ap. 83).

Los jueces deben, en cada caso individual, como parte de la determinación de si la detención es legal y no arbitraria en relación con los hechos y la ley, considerar plenamente todas las alternativas disponibles

a la detención (preventiva), garantizar que dichas alternativas no equivalgan en la práctica a la detención con otro nombre, y garantizar que la detención sólo se ordene como medida de último recurso por tiempo limitado cuando no haya ninguna alternativa disponible (*Ambruszkiewicz v Poland*, TEDH, Solicitud N.º 38797/03, Sentencia de 4 de mayo de 2006, ap. 3). 31; *Ladent v Poland*, TEDH, Solicitud No. 11036/03, Sentencia del 18 de marzo de 2008, ap. 3. 55; *Idalov v. Russia*, TEDH, Solicitud No. 5826/03, Sentencia de 22 de mayo de 2012, ap. 3. 140; Recomendación Rec (2006)13 del Consejo de Europa).

El derecho y las normas internacionales destacan la importancia de la prontitud del acceso del detenido al tribunal, de la audiencia y la deliberación del tribunal, la emisión de una decisión y la ejecución de toda orden de liberación. Por consiguiente, los jueces deben hacer todo lo posible por evitar toda demora indebida en todas las etapas del proceso. En general, la revisión judicial se efectuará a más tardar entre 24 y 48 horas tras la decisión de detener a la persona ((Recomendación Rec(2006)13 del Consejo de Europa, ap. 14, párr. 2).

Los detenidos en prisión preventiva deben estar separados de los ya condenados por crímenes. Esta práctica no se aplica generalmente, por ejemplo, en Francia, donde los sospechosos y acusados de terrorismo se ponen en una zona especial de las prisiones, donde ya se encuentran detenidos condenados. Por lo general se los aísla en celdas individuales. El Artículo 10 del PIDCP establece la obligación específica de separar a los prisioneros menores acusados de los adultos y llevarlos rápidamente a juicio (Véase también el Artículo 37, letra, de la Convención sobre los Derechos del Niño, Regla 11 [The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners](#) (Las Reglas de Nelson Mandela)). Se prohíbe la reclusión en régimen de aislamiento (Regla 45 de las Reglas de Mandela).

Durante la Mesa Redonda de la CIJ celebrada en septiembre de 2019, los expertos compartieron las buenas prácticas de 1) poner en libertad a los sospechosos condicionalmente y 2) disponer de más posibilidades de alternativas a la prisión preventiva, ya que esas prácticas suelen ser más limitadas o en algunos países están ausentes en los casos de terrorismo.

3. Juicio imparcial ante un tribunal independiente e imparcial

Orientación:

Todas las personas tienen derecho a un juicio imparcial ante un tribunal competente, independiente e imparcial previsto por la ley. El respeto del derecho a un juicio imparcial es esencial para las respuestas del derecho penal basadas en el estado de derecho a los delitos consagrados en la Directiva 2017/541 de la UE. El derecho a un juicio imparcial se aplica por igual en los casos de lucha contra el terrorismo y no debe menoscabarse por los procedimientos especiales o el menoscabo de las garantías, en la ley o en la práctica.

En todo momento y en toda circunstancia, los presuntos delincuentes deben ser juzgados únicamente por un tribunal independiente e imparcial previsto en la ley y se les deben conceder plenas garantías de un juicio imparcial, entre ellas la presunción de inocencia, la igualdad de medios entre la acusación y la defensa, los derechos de la defensa, especialmente el derecho al asesoramiento jurídico y asistencia letrada eficaz, el derecho a la interpretación y la traducción cuando sea necesario, y el derecho de apelación judicial. Los jueces deben garantizar que el acusado tenga la oportunidad de acceder a las pruebas que se presenten en su caso y de ponerlas a prueba, así como de impugnar la legalidad de las pruebas y oponerse a su utilización.

Si se recurre a testigos anónimos, la defensa debe tener la oportunidad de impugnarlos.

Las medidas de seguridad adoptadas en los tribunales y durante el traslado de los sospechosos a los tribunales en los casos de lucha contra el terrorismo (incluidas las esposas u otros medios de coerción), pueden afectar a las percepciones de un acusado y, por consiguiente, a la presunción de inocencia. Esas medidas deben mantenerse al mínimo necesario en las circunstancias del caso. Los jueces deben cuestionar esas medidas y tratar de reducirlas cuando sea posible.

Los tribunales militares no deben utilizarse para juzgar a personas en casos de lucha contra el terrorismo, sino que deben limitarse a juzgar al personal militar por delitos militares.

Los jueces que juzgan y los abogados que defienden a los acusados de delitos de terrorismo deben ser capaces de desempeñar sus funciones profesionales sin intimidación, impedimentos, acoso o interferencias indebidas (Principios Básicos de la ONU relativos a la Independencia del Poder Judicial; Principios Básicos de la ONU sobre el Papel de los Abogados).

Comentario: Además de la declaración general de respeto de las normas de derechos humanos que figura en el considerando 35, en el considerando 36 de la Directiva se afirma específicamente que: “La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en virtud del derecho de la Unión en lo que respecta a los derechos procesales de los sospechosos o acusados en el proceso penal”.

El derecho a un juicio imparcial, protegido por los artículos 6 y 13 del CEDH, el artículo 14 del PIDCP y el artículo 47 de la Carta de la UE, debe respetarse en cualesquiera procesos penales por delitos relacionados con el terrorismo, en todas las fases del proceso penal, incluida la fase de investigación previa al juicio. El Foro Mundial de las Naciones Unidas contra el Terrorismo describe los principios del juicio imparcial o de las “debidas garantías procesales” como el: “proceso que debe respetarse en el contexto del entorno específico (ya sea en relación con la detención, el juicio o la expulsión de una persona) y que se requiere para garantizar **la equidad, el carácter razonable, la ausencia de arbitrariedad y la necesidad y la proporcionalidad de cualquier limitación impuesta a los derechos** de la persona en cuestión” (Grupo de Trabajo del Equipo Especial sobre la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, [Basic Human Rights Reference Guide: Right to a Fair Trial and Due Process in the Context of Countering Terrorism](#), pág. 4).

La “equidad”, tal como se refleja en el apartado 1) del artículo 14 del PIDCP, se refiere a los derechos a: “un juicio justo y público”; “dentro de un plazo razonable”; “por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley”; y que pronuncia su sentencia públicamente, excepto en circunstancias definidas y estrechamente interpretadas. Además, una persona acusada de un delito penal adquiere otros derechos mínimos conferidos por los apartados 2) y 3), incluidos los derechos: a que se presuma su inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad; a ser informada de los cargos que se le imputan; a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa; a defenderse a sí misma o a contar con asistencia letrada; a interrogar (y hacer que se interrogue) a los testigos; y a utilizar libremente un intérprete. El hecho de que determinadas medidas o prácticas violen un juicio justo o la intimidad, por ejemplo, dependerá de una evaluación holística de si el juicio en su conjunto garantiza una imparcialidad suficiente.

El acceso a la información suficiente para defenderse personalmente es una exigencia (Artículo 6, apartado 3, letra a del CEDH) del que depende un juicio imparcial. Al menos desde el momento en que se acusa o se notifica a una persona que será procesada, dicha persona tiene derecho a ser informada sin demora de la naturaleza y el fundamento de las acusaciones.

La Observación general N.º 32 del Comité de Derechos Humanos establece que el derecho a recibir información sobre la naturaleza de las acusaciones “con prontitud” lo exige: “se proporcione información tan pronto como la persona en cuestión sea acusada formalmente de un delito penal en virtud de la legislación nacional, o que la persona sea nombrada públicamente como tal” (Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General N.º 32 Artículo 14: Derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio justo, 23 de agosto de 2007, [UNDOC CCPR/C/GC/32](#), ap. 31).

Las “instalaciones apropiadas” deben incluir el acceso a documentos y otras pruebas; dicho acceso debe incluir todos los materiales que la fiscalía tiene previstos presentar ante el tribunal contra el acusado o que sean exculpativos (Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación general N.º 32, ap. 33).

Si bien es posible que se puedan retener ciertos detalles (aunque sujetos a revisión judicial) en circunstancias limitadas, como cuando se requiera estrictamente por motivos de seguridad o protección de testigos, por ejemplo. El TEDH se ha referido, por ejemplo, al derecho del acusado a ser informado: “los hechos materiales de que se le acusan y en los que se funda la acusación” y que “en todo caso, debe proporcionársele la información necesaria para que comprenda plenamente el alcance de los cargos que se le imputan con miras a preparar una defensa adecuada” (*Mattoccia c. Italia*, TEDH, Solicitud N.º 23969/94, Sentencia de 25 de julio de 2000, ap. 59-60).

El TEDH deja claro que los factores cruciales de un juicio justo incluirán: “si el **demandante ha gozado de la posibilidad de rebatir la veracidad de las pruebas** y de oponerse a su utilización (...) la calidad de las pruebas (...) (y) las circunstancias en las que han sido obtenidas, arrojan alguna duda sobre su credibilidad o exactitud. El Tribunal concede importancia a saber si el medio de prueba en cuestión, ha ejercido una influencia decisiva en el resultado de la acción penal (...)” (*Gäfgen c. Alemania*, TEDH, Solicitud N.º 22978/05, Sentencia de 1 de junio de 2010, ap. 164).

El CEDH ha subrayado en particular que “La utilización de tales medios (secretos), obtenidos gracias a la violación de uno de los derechos absolutos que constituyen el núcleo duro del Convenio, suscita siempre graves dudas en cuanto a la equidad del proceso” (*Gäfgen c. Alemania*, ap. 165).

Principios de Tschwane sobre la Seguridad Nacional y el Derecho a la información

Principio 27: Principio General de Supervisión Judicial

- a) Nadie podrá invocar argumentos relativos a la seguridad nacional para socavar el derecho fundamental a un juicio justo por parte de un tribunal competente, independiente e imparcial previsto por ley.
- b) Cuando una autoridad pública pretenda clasificar información por razones de seguridad nacional en el marco de un proceso legal, los tribunales tendrán la potestad de revisar las informaciones para determinar si podrán denegarse. Por norma general, un tribunal no podrá desestimar un caso sin revisar la información
- c) El tribunal debe asegurarse de que la persona que solicita acceder a la información pueda, en la mayor medida posible, conocer e impugnar el argumento invocado por el gobierno para no divulgar la información.
- d) Un tribunal debe juzgar la legalidad y pertinencia de la demanda de una autoridad pública y puede obligar a la divulgación u ordenar una reparación adecuada en caso de no divulgación parcial o total, incluida la desestimación de los cargos en el proceso penal.
- e) El tribunal debe valorar en forma independiente si la autoridad pública ha invocado adecuadamente un motivo para no permitir la divulgación; la mera clasificación no podrá ser concluyente en cuanto a la solicitud de la no divulgación de una información. Asimismo, el tribunal debe determinar la naturaleza del perjuicio referido por la autoridad pública, la probabilidad de que ocurra y el interés público en que se divulgue la información, de acuerdo con las normas definidas en el Principio 3.

Principio 29: Acceso de las Partes a Información en el Proceso Penal

- a) El tribunal no podrá prohibir que una persona acusada comparezca en su propio juicio por razones de seguridad nacional.
- b) En ningún caso la condena o privación de la libertad podrá dictarse sobre la base de pruebas que el acusado no ha tenido oportunidad de examinar e imputar
- c) En aras de la justicia, una autoridad pública deberá dar a conocer al demandado y a su abogado defensor, los cargos contra una persona y cualquier información necesaria para garantizar un juicio justo, con independencia de si la información tiene carácter clasificado con arreglo a los Principios 3-6, 10, 27 y 28, incluyendo la consideración de los intereses públicos.
- d) Cuando la autoridad pública se niegue a difundir información necesaria para garantizar un juicio justo, el tribunal deberá suspender o desestimar la acusación.

Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información”
("Principios de Tshwane"), respaldado por la Resolución PACE 1954 (2013)

“En todo juicio imparcial, los acusados deben **tener acceso a las pruebas presentadas en su contra y la oportunidad real de refutarlas**. En virtud de las normas internacionales de derechos humanos no está permitido retener información que sea exculpatoria (...) La retención de informaciones sólo está permitida si es estrictamente necesaria y suficientemente contrarrestada por las garantías procesales adecuadas para asegurar un juicio imparcial en general. (...) Además, los Estados deben actuar con cautela para garantizar que la presunción de inocencia no se vea comprometida en el contexto de los delitos de los combatientes terroristas extranjeros” (*Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of Foreign Terrorist Fighters within a Human Rights Framework*, OSCE (OIDDH), 2018, e informes de la ONU sobre los combatientes terroristas extranjeros).

Con respecto al derecho a un juicio justo en los casos de lucha contra el terrorismo, véase además el *Legal Commentary to the ICJ Berlin Declaration*, págs. 68 a 71.

En Italia, no se admite ningún testigo anónimo. Sólo en caso de operaciones encubiertas la Ley permite que los agentes de policía declaren ante el Tribunal sus identidades encubiertas. Lo dicho repercute en el derecho del acusado a un juicio imparcial de una manera menos grave que un testigo totalmente anónimo.

4. Sentencia

Artigo 15 Sanciones a las personas físicas

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los delitos enumerados en los artículos 3 a 12 y 14 sean castigados con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias, que podrán tener como consecuencia la entrega o la extradición.
2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los delitos de terrorismo enumerados en el artículo 3 y los delitos enumerados en el artículo 14, siempre y cuando estén relacionados con delitos de terrorismo, sean castigados con penas privativas de libertad superiores a las imponibles por el Derecho nacional para tales delitos cuando no concurra la intención especial requerida en virtud del artículo 3, excepto en los casos en los que las penas imponibles sean ya las penas máximas posibles en virtud del Derecho nacional.
3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los delitos enumerados en el artículo 4 sean castigados con penas privativas de libertad, con una pena máxima no inferior a quince años para el delito a que se refiere el artículo 4, letra a), y no inferior a ocho años para los delitos enumerados en el artículo 4, letra b). Cuando el delito de terrorismo a que se refiere el artículo 3, apartado 1, letra j), sea cometido por una persona que dirija un grupo terrorista a tenor del artículo 4, letra a), la pena máxima no será inferior a ocho años.
4. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que cuando un delito contemplado en el artículo 6 o 7 se dirija contra un menor, esta circunstancia pueda tenerse en cuenta, con arreglo al Derecho nacional, al dictarse sentencia.

Artigo 16 Circunstancias atenuantes

Los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar que las penas mencionadas en el artículo 15 puedan reducirse si el responsable criminal:

- (a) abandona la actividad terrorista, y
- (b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no hubieran podido obtener de otra forma, y, con ello, les ayude a:
 - (i) impedir que se cometa el delito o atenuar sus efectos, (ii) | identificar o procesar a los otros responsables criminales,
 - (iii) encontrar pruebas, o
 - (iv) impedir que se cometan otros delitos indicados en los artículos 3 a 12 y 14.

Orientación

Los jueces deben asegurarse de que las penas sean proporcionales al crimen y al papel del individuo al respecto.

Comentario: Como se prevé en el artículo 15 de la Directiva, en muchos Estados del mundo se imponen penas más severas a los crímenes relacionados con el terrorismo (incluso penas obligatorias en algunos de ellos) debido a la gravedad de los delitos de terrorismo. El artículo 16 enumera una serie de circunstancias atenuantes en las que los jueces pueden reducir las penas.

En toda Europa, en varios Estados la misma conducta con fines "terroristas" puede dar lugar a un fuerte aumento de las penas. Los sistemas varían en cuanto a la flexibilidad otorgada a los jueces para determinar las penas, y la restricción de la discreción judicial para garantizar "sanciones disuasorias" (UNSC 2178) ha sido una característica del derecho penal y la práctica de la lucha contra el terrorismo en algunos Estados.

No obstante, los jueces deben garantizar la proporcionalidad del recurso al derecho penal y de las penas, de conformidad con los principios básicos de derechos humanos. Los supuestos generales sobre la gravedad de los delitos relacionados con el terrorismo pueden no ser apropiados a la luz del alcance ampliado de esos delitos, que la práctica demuestra que pueden abarcar formas menores de contribución, y/o conducta sin una intención criminal clara, así como delitos muy graves. Además, si la conducta en cuestión está alejada de actos terroristas eventuales o planificados, en la medida en que el enjuiciamiento sea adecuado, las penas severas pueden no ser proporcionales a la gravedad del delito. La evaluación judicial de todos los hechos y circunstancias debe garantizar que el castigo sea proporcional no sólo al crimen, sino también al papel del individuo en el crimen.

5. Los menores en el proceso penal

Orientación

En los asuntos relacionados con los niños, los jueces deben hacer del interés superior del menor una consideración primordial, incluso cuando los menores sean afectados indirectamente por procedimientos relacionados con el terrorismo, como los procedimientos relativos a los miembros de la familia.

Los menores deben ser tratados como niños y principalmente como víctimas y no como perpetradores. Los niños soldados no deben ser procesados por delitos penales, incluidos los crímenes de guerra.

Los menores no deben ser juzgados como adultos sino que deben ser tratados de acuerdo con las normas de la justicia de menores. En los procesos o juicios de menores por delitos relacionados con el terrorismo, los fiscales y los jueces deben adoptar todas las medidas posibles dentro de sus facultades para apoyar la adaptación de los procedimientos a fin de garantizar que el menor pueda participar efectivamente en ellos, que se atiendan sus necesidades específicas y que se defienda su interés superior.

Comentario: En la práctica, como señaló el Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI), en la lucha contra el terrorismo el centro de atención parece haberse desplazado hacia los menores como posibles amenazas. Con este enfoque se corre el riesgo de desatender el "interés superior del menor" ("Los niños y la lucha contra el terrorismo", Instituto Interregional de la ONU para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI), 2016, pág. 77, citado en: *Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of Foreign Terrorist Fighters within a Human Rights Framework*, OSCE (ODIHR), 2018).

Artículo 3, párrafo 1: El interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños. El artículo se refiere a las medidas que tomen "las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos". El principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.

Artículo 12: El derecho del niño a expresar su opinión libremente en "todos los asuntos que afectan al niño" y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones. Este principio, que pone de relieve la función del niño como participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos, se aplica igualmente a todas las medidas adoptadas por los Estados para aplicar la Convención.

Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Observación general N° 5 sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, ap. 12

En el artículo 9, apartado 1, del CDN se dispone que "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...". En el artículo 9, apartado 2, se especifica que "se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones." En el artículo 9, apartado 3, se señala la importancia de mantener relaciones personales y contacto directo con los padres y en artículo 9, apartado 4, la importancia de que se facilite información a los padres, al niño o, si procede, a otro miembro de la familia.

El Comité de los Derechos del Niño de la ONU ha declarado que "(...) todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes recibirá un trato acorde con lo dispuesto en el artículo 40 de la CDN". Esto significa que toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe ser tratada de acuerdo con las normas de la justicia de menores" (CDN, Observación General N.º 10, ap. 37).

Los procedimientos deben realizarse de manera apropiada para la edad y sin intimidación. "Los procedimientos deben ser accesibles y apropiados para los niños. Se debe prestar especial atención a la provisión y entrega de información adaptada a los niños, al apoyo adecuado para la autodefensa, al personal debidamente capacitado, al diseño de las salas de audiencia, a la vestimenta de los jueces y abogados, a las pantallas de visión y a las salas de espera separadas" (Comité de los Derechos del Niño, Observación general N.º 12, ap. 34).

Por niño asociado a una fuerza o grupo armado se entiende toda persona menor de 18 años de edad que sea o haya sido reclutada o utilizada por una fuerza o grupo armado en cualquier calidad, incluidos, entre otros, niños y niñas, utilizados como combatientes, cocineros, portadores, espías o con fines sexuales (*Paris Principles on the Involvement of Children in Armed Conflict 2007*). Independientemente de la forma en que se recluta a los niños y de sus funciones, los niños soldados son víctimas, cuya participación en los conflictos tiene graves consecuencias para su bienestar físico y emocional. Suelen ser objeto de abusos y la mayoría de ellos son testigos de muertes, asesinatos y violencia sexual (véase: *Las seis violaciones graves*).

Mientras que el artículo 38 de la CDN (en consonancia con el derecho internacional humanitario y el derecho penal) se aplica a los 15 años como edad mínima para el reclutamiento y la utilización en las hostilidades, el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados (OPAC) se aplica a los 18 años (en consonancia con el derecho laboral internacional). El enfoque de la justicia de menores se caracteriza por las salvaguardias adicionales, así como por el establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal (Liefwaard T. Juvenile justice from a children's rights perspectives. En: Vandenhoe W, Reynaert D, De Smet E, Lembrechts S, editores. *The Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*. Londres: Routledge; 2015).

El artículo 39 de la CDN estipula "medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima" de, entre otras cosas, conflictos armados. El artículo 6 del OPAC estipula de manera más estricta que los niños que fueron reclutados o utilizados en hostilidades en violación del Protocolo (por lo que no cualquier niño víctima) pueden beneficiarse de "asistencia para su recuperación física y psicológica y su reintegración social".

La Directiva de la UE sobre las víctimas 2012/29/EU estipula que, cuando la víctima sea un niño, el interés superior del niño será una consideración primordial y se determinará de forma individual. Prevalecerá un enfoque que tenga en cuenta la edad, la madurez, las opiniones, las necesidades y las preocupaciones del niño. (...)

Los menores no nacionales como los que se encuentran en los campamentos de Siria/Iraq no son un grupo homogéneo, y existe el riesgo de que en la práctica se les etiquete erróneamente como "combatientes extranjeros" / niños soldados, hijos de "combatientes extranjeros", víctimas de la trata o víctimas de delitos internacionales. Todos estos menores se encuentran en una situación vulnerable, viven en condiciones calamitosas y a menudo están traumatizados. La resolución 24/27 del CS estipula que los niños reclutados en situaciones de conflicto armado deben ser tratados principalmente como víctimas.

6. Cooperación judicial

En el artículo 22 de la Directiva, el artículo 2, apartado 6, de la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo, se modifica para establecer

"6. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la información pertinente obtenida por sus autoridades competentes en el marco de procesos penales en relación con delitos de terrorismo se ponga a disposición lo antes posible de las autoridades competentes de otro Estado miembro cuando dicha información pueda ser utilizada en este para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de delitos de terrorismo a tenor de la Directiva (UE) 2017/541, bien previa petición o espontáneamente, y conforme a lo dispuesto en el Derecho nacional y en los correspondientes instrumentos jurídicos internacionales.

7. No se aplicará lo dispuesto en el apartado 6 cuando el intercambio de información pudiera comprometer investigaciones en curso o la seguridad de una persona, ni cuando sea contraria a intereses esenciales de la seguridad del Estado miembro afectado.

8. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, una vez recibida la información mencionada en el apartado 6, sus autoridades competentes adopten, si procede, las medidas oportunas de conformidad con el Derecho nacional."

Orientación:

Los jueces o fiscales no deben permitir ni apoyar la expulsión o extradición de una persona respecto de la cual existan razones fundadas para creer que puede correr un riesgo real de violación grave de sus derechos humanos (como la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la vida, la denegación flagrante de justicia, la denegación flagrante del derecho a la libertad), o que su vida o su libertad se verían amenazadas por motivos de raza, religión,

nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opinión política en el marco de la Convención de los Refugiados.

No se permite ninguna excepción a dicha prohibición de “devolución”, ni siquiera por motivos de seguridad nacional, orden público, salud pública, orden público o terrorismo. Los jueces y fiscales deben verificar la existencia de las “razones fundadas” que existe el riesgo y no la existencia efectiva del riesgo en sí.

El deber de garantizar que no se violen los derechos mediante la cooperación se aplica incluso en los casos en que existe confianza mutua entre los dos países.

Los jueces y fiscales que se ocupan de los procedimientos de extradición o expulsión deben determinar la existencia del riesgo de devolución por iniciativa propia, sin exigir que lo plantee la persona interesada.

Los jueces y fiscales que examinen las solicitudes de extradición deberán tener en cuenta que las garantías diplomáticas no pueden servir de protección efectiva cuando haya motivos para creer que la persona puede correr un riesgo real de ser objeto de violaciones graves.

Al examinar una solicitud de extradición, es importante que los jueces evalúen sus posibles repercusiones en el derecho a la vida familiar del interesado y de sus familiares, y presten especial atención a las repercusiones en los menores. El interés superior del menor (si se trata de una persona menor de 18 años en el caso) debe ser el principio fundamental al considerar todas las decisiones que afecten al menor.

No se debe facilitar información a las autoridades policiales, fiscales o judiciales de otro Estado cuando pueda ser utilizada en violación de los derechos humanos, incluso para lograr una condena mediante un juicio injusto. Las alegaciones de que esto pueda ocurrir deben examinarse a la luz de la situación general de los derechos humanos en el país, así como de las circunstancias particulares del caso. La información no debe ser intercambiada rutinariamente por las fuerzas del orden, los organismos de inteligencia, los fiscales o los jueces de instrucción sin garantías que aseguren una evaluación previa del riesgo de que la información se utilice en violación de los derechos humanos en cada caso.

Comentario: La Directiva (UE) 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo alienta una respuesta y cooperación coordinadas y firmes en el seno de los Estados miembros y entre estos últimos para luchar contra el terrorismo (reforzada en los considerandos 24 a 26). No obstante, al llevar a cabo esta cooperación, ya sea mediante la extradición, la asistencia judicial recíproca y el intercambio de información, los Estados están obligados a cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos.

El principio de *no devolución* está bien recogido en el derecho internacional de derechos humanos, en la que se aplica a todos los traslados de nacionales o no nacionales, así como a los refugiados (artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951). La Convención contra la Tortura establece explícitamente en su artículo 3: “Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a torturas (...) A los efectos de determinar si existen tales motivos, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, incluida, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de una pauta consistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.

Las cortes y tribunales internacionales han considerado que el principio de no devolución se aplica a los riesgos de violación de una serie de derechos diferentes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aclarado las obligaciones de los Estados en la jurisprudencia del TEDH, que deja clara la obligación de no trasladar a las personas a Estados en los que exista un riesgo real de tortura u otros tratos inhumanos o degradantes (TEDH, *Chahal c. el Reino Unido*), la denegación flagrante de justicia en los juicios por terrorismo (TEDH, *Othman c. el Reino Unido*) y la detención arbitraria prolongada (TEDH, *Abu Zubaydah v Poland/Lithuania*). Entre los factores que deben tenerse en cuenta está el hecho de que existe un riesgo particular para la categoría de personas asociadas con el terrorismo (TEDH, *Chahal c. el Reino Unido*). Los derechos entrañan la oportunidad de impugnar de manera significativa la extradición; frente a los riesgos para los derechos no derogables, este derecho es de por sí un derecho no derogable.

El principio de la doble incriminación generalmente requiere una equivalencia de los delitos penales en los sistemas penales de los dos países (receptor y remitente), que no tiene por qué ser en el nombre o la definición precisa del delito, sino en la conducta penalizada. Los fiscales y los jueces deben ser conscientes de que, como se desprende de un reciente litigio de extradición entre Bélgica y España, la imputación de delitos innovadores -y como se ha señalado anteriormente controvertidos- como la exaltación del terroris-

mo puede contribuir a dificultar la extradición cuando otros Estados no tienen esos delitos en su legislación interna. Los problemas de derechos humanos relacionados con el alcance de los delitos y el principio de legalidad u otros derechos crean impedimentos en materia de cooperación para dichos delitos.

En el caso de Valtòny, un rapero español, un tribunal de primera instancia belga denegó la extradición alegando que la glorificación de actos cometidos hace más de 40 años no constituye un delito penal con arreglo al derecho belga, y no entra en la definición de "terrorismo" con arreglo a la decisión marco sobre la orden de detención europea. El 3 de marzo de 2020, el [Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas](#), al que el tribunal belga había formulado una pregunta preliminar, confirmó que la autoridad judicial de ejecución debe considerar la ley del Estado miembro emisor en la versión aplicable en el momento de los hechos, y no una versión posterior más severa de la ley.

En el seno de la Unión Europea, la orden de detención europea establece un marco jurídico para la extradición entre sus Estados miembros, a fin de facilitar la extradición y la comunicación directa entre los tribunales nacionales con este fin. La orden de detención europea se basa en la confianza mutua o, como se caracteriza en la Decisión Marco, en un "alto nivel de confianza" entre los Estados Miembros con respecto al cumplimiento por parte de sus sistemas de justicia penal de las obligaciones en materia de derechos humanos con arreglo al derecho nacional e internacional.

La orden de detención europea, y el concepto de confianza mutua, no prevalece sobre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, establecidas anteriormente. En 2016, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la UE rechazó la aplicación automática del principio de confianza mutua y sostuvo que su aplicación ciega no cumple las obligaciones de los Estados miembros de la UE en virtud de la Carta de Derechos Fundamentales ([Pál Aranyosi y Robert Căldăraru](#), TJEU, ap. 94, CIJ, [Transnational Injustices: National Security Transfers and International Law](#), pág. 33).

Además, el 25 de julio de 2018, el CJEU dictaminó que cuando un Estado recibe una solicitud de orden de detención europea y dispone de material que indica que existe un riesgo real de violación del derecho fundamental a un juicio imparcial (artículo 47 de la Carta de la UE), debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en la independencia del poder judicial del Estado miembro emisor, ese Estado debe determinar si existe un riesgo de juicio injusto. El TJUE dictó su sentencia sobre la no ejecución de las órdenes de detención europeas en casos de deficiencias sistémicas en relación con la independencia del poder judicial ([Caso C-216/18 PPU \[“LM”\]](#)), tras la remisión del Tribunal Superior de Irlanda, que dudaba de que la entrega de un nacional polaco a Polonia respetara los derechos fundamentales de la UE, habida cuenta de la "reforma judicial" en Polonia y del procedimiento del artículo 7, apartado 1, iniciado por la Comisión Europea (para el caso, véase [eucrim 1-2018](#), pág. 31).

Los graves riesgos para los derechos humanos en otros Estados en el contexto del terrorismo también deberían informar los enfoques de otras formas de cooperación, como la asistencia jurídica mutua o el intercambio de información. El intercambio de información es crucial para la eficacia de la aplicación del derecho penal, y en el considerando 25 se afirma que: "Los Estados Miembros deben velar por que la información pertinente reunida por sus autoridades competentes en el marco de procedimientos penales, por ejemplo, autoridades de aplicación de la ley, fiscales o jueces de instrucción, se ponga a disposición de las respectivas autoridades competentes de otro Estado Miembro al que consideran que dicha información puede ser pertinente. Como mínimo, dicha información pertinente debe incluir, según corresponda, la información que se transmita a la Europol o a Eurojust de conformidad con la Decisión 2005/671/JAI".

Sin embargo, al igual que otras disposiciones de la Directiva, cualquier intercambio de información está sujeto a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (considerando 35) y a los derechos de los sospechosos o acusados con arreglo a la legislación de la UE (considerando 36), incluidas las directivas sobre derechos procesales (véanse las directivas de la UE sobre el [derecho a la información](#), el [derecho a interpretación y traducción](#), el [derecho a la asistencia de letrado](#), el [derecho a la presunción de inocencia y a estar presente en el juicio](#), las [garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales](#) y el [derecho a la asistencia jurídica](#)). También, como se reconoce específicamente en el considerando 25, "está sujeto a las normas de la Unión sobre protección de datos, tal como se establece en la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, y sin perjuicio de las normas de la Unión sobre la cooperación entre las autoridades nacionales competentes en el marco de los procesos penales, como los contenidos en la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo o la Decisión Marco 2006/960/JAI". También debe tenerse en cuenta que la aportación de pruebas u otro apoyo directo y concreto a juicios antiterroristas manifiestamente injustos puede constituir una ayuda y asistencia a los agravios de otros Estados (artículo 16 de los artículos de la CDI).

Miembros de la Comisión Internacional de Juristas

Octubre de 2020

Presidente

Prof. Robert Goldman, Estados Unidos

Vicepresidente

Prof. Carlos Ayala, Venezuela

Juez Radmila Dragicevic-Dicic, Serbia

Comité Ejecutivo

Juez Sir Nicolas Bratza, Reino Unido

Dame Silvia Cartwright, Nueva Zelanda

(Presidente) Sra. Roberta Clarke, Barbados Canadá

Sr. Shawan Jabarin, Palestina

Sra. Hina Jilani, Pakistán

Juez Sanji Monageng, Botswana

Sr. Belisario dos Santos Junior, Brasil

Otros Comisionados:

Prof. Kyong-Wahn Ahn, República de Corea

Juez Chinara Aidarbekova, Kirguistán

Juez Adolfo Azcuna, Filipinas

Sra. Hadeel Abdel Aziz, Jordania

Sr. Reed Brody, Estados Unidos

Juez Azhar Cachalia, Sudáfrica

Prof. Miguel Carbonell, México

Juez Moses Chinhengo, Zimbabwe

Prof. Sarah Cleveland, Estados Unidos

Juez Martine Comte, Francia

Sr. Marzen Darwish, Siria

Sr. Gamal Eid, Egipto

Sr. Roberto Garretón, Chile

Sra. Nahla Haidar El Addal, Líbano

Prof. Michelo Hansungule, Zambia

Sra. Gulnora Ishankhanova, Uzbekistán

Sra. Imrana Jalal, Fiyi

Juez Kalthoum Kennou, Túnez

Sra. Jamesina Essie L. King, Sierra Leone

Prof. César Landa, Perú

Juez Ketil Lund, Noruega

Juez Qinisile Mabuza, Suazilandia

Juez José Antonio Martín Pallín, España

Prof. Juan Méndez, Argentina

Juez Charles Mkandawire, Malawi

Juez Yvonne Mokgoro, Sudáfrica

Juez Tamara Morschakova, Rusia

Juez Willly Mutunga, Kenia

Juez Egbert Myjer, Países Bajos

Juez John Lawrence O'Meally, Australia

Sra. Mikiko Otani, Japón

Juez Fatsah Ouguergouz, Argelia

Dr Jarna Petman, Finlandia

Prof. Mónica Pinto, Argentina

Prof. Víctor Rodríguez Rescia, Costa Rica

Sr. Alejandro Salinas Rivera, Chile

Prof. Marco Sassoli, Suiza

Sr. Michael Sfard, Israel

Juez Ajit Prakash Shah, India

Juez Kalyan Shrestha, Nepal

Sra. Ambiga Sreenevasan, Malasia

Juez Marwan Tashani, Libia

Sr. Wilder Tayler, Uruguay

Juez Philippe Texier, Francia

Juez Lillian Tibatemwa-Ekirikubinza, Uganda

Juez Stefan Trechsel, Suiza

Prof. Rodrigo Uprimny Yepes, Colombia



cij

Comisión
Internacional
de Juristas