

## **LUCHA CONTRA EL TERRORISMO YIHADISTA Y ESTADO DE DERECHO**

### **FIGHT AGAINST JIHADIST TERRORISM AND THE RULE OF LAW**

*Francisco Belaunde Matossian\**

#### **RESUMEN**

El terrorismo yihadista representa un enorme desafío a escala global. Por sus características es muy difícil de combatir, y pone a prueba el Estado de derecho en diversas partes del mundo. En Europa, Estados Unidos y otros países, vienen adoptándose una serie de medidas y dispositivos legales para otorgar un mayor margen de acción a las autoridades, ya sean policiales, administrativas o jurisdiccionales. De alguna manera, viene produciéndose un cerco normativo al terrorismo. Se plantea entonces el dilema de los límites de ese activismo, en la medida en que puede llevar a traspasar las fronteras del Estado de derecho y atentar contra derechos fundamentales. De hecho, en varios casos, es lo que ha ocurrido según defensores de los derechos humanos y otros actores.

**Palabras clave:** yihadismo, Estado de derecho, derecho penal, servicios de inteligencia, policía, detención, vigilancia, penas.

#### **SUMMARY**

Jihadist terrorism represents a huge challenge on a global scale. Due to its characteristics, it is very difficult to combat, and it puts the rule of law to the test in various parts of the world. In Europe, the United States and other countries, a series of legal measures and devices have been adopted to grant a greater margin of action to the authorities, be they police, administrative or jurisdictional. In some way, a regulatory siege against terrorism has been taking place. The dilemma of the limits of this activism then arises, insofar as it can lead to

---

\* Abogado, con estudios en la Universidad de Derecho de Paris II (Francia) donde obtuvo una *Maitrise* de Derecho Internacional. Estudios convalidados en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Estudios Avanzados de Terrorismo en la Universidad Internacional de La Rioja. Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Lima, Teoría del Estado en la Universidad Científica del Sur, y Política Internacional Europea en la Universidad San Ignacio de Loyola. Conductor del programa GeoMundo en TV Perú Noticias.

Con el presente artículo, el autor formaliza su incorporación como Miembro Asociado, conforme a lo dispuesto por el Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, mediante Acta del 13 de diciembre de 2018.

crossing the borders of the rule of law and violating fundamental rights. In fact, in several cases, this is what has happened according to human rights defenders and other actors.

**Keywords:** jihadism, rule of law, criminal law, intelligence services, police, detention, surveillance, penalties.

.....

## **Introducción**

Los grupos terroristas yihadistas plantean un desafío particular para las sociedades, debido a su modus operandi sobre la base de franquicias y de grupos operativos que actúan de manera autónoma, a los que se añaden los llamados “lobos solitarios”, muy difíciles de detectar antes de que perpetren atentados. En esas condiciones, el trabajo de las fuerzas del orden y de los servicios de inteligencia afronta mayores retos, volviéndose mucho más complejo (SOMIEDO 2015).

Como es natural, ante la recurrencia de ataques, las opiniones públicas ejercen una gran presión sobre las autoridades para que la labor represiva arroje resultados en el plazo más corto. Para responder a esa demanda, los gobiernos buscan dotarse de herramientas jurídicas que amplíen su libertad de acción, promoviendo la dación de nuevas normas con tal fin. Ello, por lo demás, en línea con corrientes como la del denominado “Derecho Penal del Enemigo”, desarrollado en particular por el jurista alemán Günther Jakobs, y que viene encontrando eco en diferentes sistemas legales.

Se ha venido produciendo una suerte de cerco normativo al terrorismo con el fin de adelantarse a la comisión de nuevos ataques.

Repasemos en las siguientes líneas, cómo se ha venido dando ese esfuerzo en las democracias de Occidente y de qué manera constituye un factor de tensión para el Estado de derecho.

### **1. Acciones por parte de la administración**

#### **1.1. Plazo de la detención policial**

Ya en 1986, el 9 de septiembre, se dio, en Francia, una ley antiterrorista que, entre otras disposiciones, autorizó la detención de sospechosos por la policía hasta por 4 días antes de ser derivados a un tribunal, permitiéndose la intervención de un abogado recién a las 72 horas (BRUNEL y MILLER 2018). En España se permite que la detención policial que, para delitos comunes, puede durar hasta 72 horas, sea ampliada hasta por 48 horas adicionales

para casos de terrorismo, aunque previa autorización por el juez (art 520 bis LO 13/2015, de 5 de octubre).

## **1.2 Vigilancia por los servicios de inteligencia**

En Francia, mediante una ley de 2002, se creó una base de datos que reúne indicios e informaciones que establecen la posibilidad de que determinadas personas cometan en algún momento delitos y crímenes graves o inciten al odio y la violencia. Posteriormente, en 2015, se creó un fichero de personas consideradas como radicalizadas religiosamente y que albergaría, en estos momentos, alrededor de 20,000 nombres y apellidos; estas personas pueden o no ser objeto de vigilancia según lo determinen los servicios de inteligencia (BRUNEL et. al., 2018). Esa vigilancia, es, por fuerza, temporal, por una cuestión de disponibilidad de recursos humanos para tal tarea. Han ocurrido no pocos casos en los que, un individuo que había sido objeto de un seguimiento, pasó posteriormente a la acción, como sucedió con uno de los autores de unos atentados en las ciudades de Carcassone y Trebes, el 23 de marzo de 2018 (DE AMORIN 2018).

También en Francia, dos leyes de 2015 permiten el seguimiento y la vigilancia, sin autorización judicial, de sospechosos, ya no solamente en la calle o en lugares públicos, como es usual, sino también en ámbitos privados, mediante la instalación de micrófonos y cámaras en inmuebles y automóviles, lo que permite, no solo captar conversaciones entre personas presentes sino también las efectuadas, por ejemplo, vía Skype, además de observar las pantallas de las computadoras. El propósito es el de prevenir atentados. Esta legislación ha dado lugar a críticas desde el punto de vista del derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad (BRUNEL et. al., 2018).

En Estados Unidos, también se ha creado una lista de personas consideradas como sospechosas de terrorismo y está a cargo del FBI. En 2017, figuraban unos 1,2 millones de individuos, la gran mayoría extranjeros, aunque unos 4,600 son norteamericanos (SAVAGE 2019).

Anteriormente, la famosa Ley Patriota adoptada en Estados Unidos tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 facultó a la Agencia Nacional de Seguridad a recolectar datos telefónicos de manera masiva, es decir, de millones de norteamericanos, sin autorización judicial. Posteriormente, durante la administración del presidente Obama, fue sustituida por otra que, aunque conservó varias de sus disposiciones, limitó los poderes de la agencia (LELOUP y UNTERSINGER 2015).

## **1.3 La facultad de la administración para adoptar medidas contra la libertad de movimiento y la inviolabilidad del domicilio**

Tomemos nuevamente el caso francés como ejemplo. Tras los atentados del 13 noviembre de 2015, se decretó el estado de emergencia que fue prorrogado hasta noviembre de 2017. Bajo su vigencia, la autoridad administrativa, es decir, el ministerio del Interior, podía ordenar arrestos domiciliarios contra personas respecto de las cuales existen, según la ley, «razones serias» para hacer pensar que pudieran constituir una amenaza sumamente grave para el orden público. Con mucha frecuencia, las decisiones se fundamentaban en informes escuetos provenientes de los servicios de inteligencia. En concreto, el hecho de figurar en las listas o ficheros antes mencionados podían valer ser objeto de medidas restrictivas. Las personas afectadas podían, una vez ejecutadas las órdenes contra ellas, acudir ante el juez administrativo para pedir que fueran anuladas, pero, en gran parte de los casos, sus demandas han sido rechazadas (BRUNEL Et al 2018).

Asimismo, la policía podía entrar, sin orden judicial, a los domicilios de los que consideraba sospechosos y registrarlos.

Estas facultades de la administración han sido perennizadas en lo substancial más allá de la situación del estado de emergencia, a través de la Ley de Seguridad Interior y de Reforzamiento de la Lucha contra el Terrorismo, o Ley SILT, adoptada en octubre de 2017, aunque con variantes como la limitación de los desplazamientos a una zona geográfica determinada, sumada a la obligación de presentarse regularmente a la comisaría. Las medidas también incluyen el cierre de lugares de culto, lo que, hasta entonces, solo podía ser decretado por un juez (BRUNEL Et al 2018).

Los críticos del curso que adopta la legislación, denuncian lo que denominan «hibridación» del derecho de la lucha contra el terrorismo, convirtiéndolo en administrativo y judicial a la vez.

En Estados Unidos, figurar en la lista de sospechosos también trae consecuencias, aunque de distinto orden. Así, puede acarrear restricciones para viajar o entrar al país, ser sometido a controles más severos de lo usual en los aeropuertos, retiro de beneficios y subsidios gubernamentales, e, incluso, imposibilidad de contratar con el Estado, entre otros problemas, además del perjuicio en términos de las humillaciones vividas y del daño a la reputación. Considerando que sus derechos constitucionales habían sido violados al haberseles incluido en la lista, unos 19 ciudadanos norteamericanos musulmanes recurrieron a la justicia. El 4 de septiembre de 2019, el juez federal Anthony Trenga les dio la razón, determinando que la mencionada lista es inconstitucional pues los criterios para anotar a personas en ella son muy vagos, lo que es violatorio de la Constitución, precisamente por las consecuencias que implica figurar en ella y sin que los actuales procedimientos aseguren debidamente la posibilidad de defenderse. Este fallo podría obligar al gobierno a reformular drásticamente la forma en que elabora su lista. A esta se añade otra relación, que concierne exclusivamente la prohibición de viajar por avión, pero que no fue materia del juicio (SAVAGE 2019).

## **2. Creación de nuevos delitos**

En la lógica del adelantamiento del derecho penal con fines preventivos, se han creado nuevos delitos, penalizando actos considerados como posiblemente conducentes a la realización de futuros atentados. Es decir, se sanciona la probabilidad. Ya el delito de asociación ilícita o el de organización criminal. No obstante, hay otros que son específicos al terrorismo. Así, en Francia, se creó el delito de emprendimiento terrorista individual con una pena de prisión de 10 años, para hacer frente al fenómeno de los lobos solitarios. Se configura el delito cuando una persona se prepara para cometer un atentado, lo que queda evidenciado cuando tiene en su posesión, obtiene, intenta obtener o fabrica sustancias u objetos peligrosos; también cuando ha hecho averiguaciones sobre blancos potenciales, se ha adiestrado en el manejo de armas, ha consultado habitualmente páginas de internet que incitan al terrorismo o hacen apología del terrorismo, o ha estado en el extranjero en un teatro de operaciones de grupos terroristas (art. 421-2-6 del Código Penal). El texto actual del dispositivo resulta de una modificación que el legislador se vio forzado a efectuar, tras una decisión del Consejo Constitucional que falló a favor de una persona sometida a un proceso por haber visitado páginas extremistas y en cuya posesión se encontraron tres botellas de agua vacías juntadas con un autoadhesivo. La alta jurisdicción consideró que la versión inicial adoptada en noviembre de 2014, era demasiado imprecisa y que la ley no puede sancionar la mera intención delictiva. En la misma línea, la mera visita, aunque sea habitual, de páginas virtuales extremistas no puede ser sancionada si no hay otros elementos que indiquen la preparación de un atentado (VALLAT 2017).

En España se ha creado el delito de adiestramiento o adoctrinamiento pasivo, es decir, el hecho, por ejemplo, de visitar habitualmente páginas de internet que inciten a la incorporación o a la colaboración con organizaciones terroristas (artículo 575.2 LO 2/2015 de 30 de marzo). Se está bastante lejos de la participación en un atentado, pero ya se es sancionado.

En general, las legislaciones tienden a ir cada vez más lejos en el detalle de los actos que pueden ser considerados como preparatorios o de colaboración con el terrorismo, procurando prever todas las situaciones. Una muestra adicional de ello es que, en Francia, también se castiga, con 7 años de cárcel, el solo hecho de llevar un tren de vida determinado y no poder justificar los ingresos que permite llevarlo, cuando se mantiene relaciones habituales con terroristas (art. 4-2-3 del Código Penal). Es decir, se densifica cada vez más la línea de defensa de la sociedad a partir de presunciones y probabilidades.

### **3. Agravamiento de las penas**

Se tiende a establecer penas para el terrorismo más graves que para otros delitos. Más aún, actos que en sí mismos son crímenes, como el asesinato o el secuestro, son castigados con un mayor número de años de cárcel cuando son cometidos con una finalidad terrorista. Es lo que ocurre en España (Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo, Código Penal, en adelante, CP),

donde, además, existe la pena de prisión permanente revisable que es una suerte de cadena perpetua.

Hay en ello la voluntad de neutralización del terrorista, pues no se espera de él una rehabilitación, y se busca por lo tanto mantenerlo fuera de las calles el mayor tiempo posible en aras de la seguridad colectiva. Sin renunciar aparentemente a la posibilidad de la resocialización, el juez anti terrorista francés David Bénichou escribió que solo penas de prisión suficientemente largas podían proteger a la sociedad, pues se necesitaba tiempo para que los terroristas pudieran efectuar la tarea de revisión y cuestionamiento de su comportamiento (BÉNICHOU 2015).

En algunos de los países en los que existe la pena de muerte, se la aplica, no solo para crímenes como el asesinato, sino también, de manera específica, para actos de terrorismo. Es el caso de Irak, donde, recientemente, se ha impuesto tal castigo a 11 yihadistas franceses (BOËTON 2019).

#### **4. Mayor severidad en la ejecución de las penas**

##### **4.1 Régimen penitenciario**

Es común que las legislaciones nacionales contemplen regímenes penitenciarios más severos para presos considerados de alta peligrosidad que los previstos para otras categorías de reos. Es lo que ocurre para los procesados y los sentenciados por terrorismo, en particular debido al riesgo de que enrolen para su causa a otros internos, como efectivamente se ha verificado en los hechos; las prisiones han devenido frecuentemente en centros de adoctrinamiento yihadista. En no pocos atentados realizados en Francia, han tenido participación personas con pasado de pequeños delincuentes, que tuvieron contacto en la cárcel con islamistas radicales y fueron adoctrinados por estos. Es el caso de Cherif Chekatt, el autor del ataque del 12 de diciembre en la feria de Navidad de Estrasburgo que causó 5 muertes; había sido condenado 27 veces por pequeña delincuencia, y, tras su último paso por la prisión, en 2015, fue fichado como radicalizado por los servicios de inteligencia. (LAZARD 2018). Se estima en más de 1,100 el número de delincuentes comunes radicalizados en los centros penitenciarios franceses. Ello constituye no solo un riesgo desde el momento en que son liberados tras cumplir sus condenas, sino que incluso ya lo son en el interior de la cárcel, como lo demostró el acuchillamiento de un vigilante realizado el 6 de marzo de 2019 por el detenido radicalizado Michaël Chiolo en la prisión de Condé-sur-Sarthe (PILORGET-REZZOUK 2019).

Para lidiar con el fenómeno, las autoridades han establecido en 6 centros penitenciarios, hasta ahora, secciones de evaluación de la radicalización, en las que son mantenidos durante 4 meses aquellos reclusos en los que se ha detectado que podrían estar siguiendo ese camino. Durante ese lapso, con el concurso de psicólogos, religiosos y consejeros en resocialización

y períodos de prueba, se busca determinar cuán lejos esos internos han llegado y, por lo tanto, su grado de peligrosidad. En función de los resultados, se decide el retorno a la zona común, el envío a otra sección en la que se hará un intento de desradicalización, o, para los casos considerados irremediables, el traslado a una zona de aislamiento prevista para que los convictos más peligrosos purguen sus condenas bajo reglas más duras que las aplicables a los demás reclusos. El problema es que el adoctrinamiento yihadista también comprende el aprendizaje de la disimulación, lo que hace más difícil la tarea del personal de evaluación (RADENOVIC 2019)

En España también se establecen condiciones severas para los presos por terrorismo. Al ser considerados de alta peligrosidad, son sometidos al régimen cerrado que, como en Francia, implica ser confinado en la zona de aislamiento y estar sujeto a reglas particularmente estrictas. Así, entre otros aspectos, sus comunicaciones orales y escritas pueden ser intervenidas judicialmente, y el acceso a publicaciones y revistas es restringido si se considera que estas contienen informaciones sesgadas o falsas sobre actos de terrorismo y los sistemas judicial y penitenciario (NIETO GARCÍA 2019).

#### **4.2 Mayores exigencias para la liberación condicional**

Las legislaciones suelen establecer normas más estrictas para la liberación condicional o anticipada para los presos por terrorismo respecto de las previstas para los condenados por otros delitos; En España, se debe de haber cumplido 7/8 partes de la pena impuesta contra dos tercios o incluso la mitad, para otros reos, haber colaborado con la justicia durante la permanencia en prisión y haber satisfecho la responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos, entre otras exigencias (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, CP)

En Francia, la ley antiterrorista de 2016 estableció un procedimiento en la materia que el Consejo Constitucional anuló por considerar que, en la práctica, impedía toda liberación anticipada. En efecto, la norma preveía que, antes de que el tribunal de ejecución de las penas se pronunciara sobre una solicitud al respecto, una comisión debía emitir una opinión a partir de una evaluación pluridisciplinaria sobre el grado de peligrosidad del reo. Además, el tribunal podía rechazar el pedido si estimaba que la liberación podía alterar gravemente el orden público. A ello se añadía, sea la obligación de llevar un brazalete electrónico, sea el sometimiento a un régimen de semilibertad durante un plazo determinado, lo que implicaba la permanencia en un lugar de hospedaje asignado o la necesidad de presentarse ante las autoridades regularmente. El Consejo Constitucional hizo notar, a partir del análisis de la jurisprudencia producida tras la adopción de la ley, que los solicitantes no tenían prácticamente ninguna posibilidad de obtener una respuesta positiva, y, claramente, la ruta estaba bloqueada para los extranjeros condenados, no solo a la pena de prisión, sino también a la expulsión del territorio tras su liberación. Ello, de acuerdo a la sentencia de la alta instancia, es contrario al principio de proporcionalidad de las penas, las mismas que, tal como prescribe el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo pueden

ser las estricta y evidentemente necesarias. También se recuerda que el régimen de ejecución de las penas busca, no solo la protección de la sociedad y el castigo del infractor, sino también la rehabilitación de este y su reinserción en la comunidad.

### **Consideraciones finales**

A través de los casos presentados, se puede confirmar que incluso en los países occidentales, el Estado de derecho, se encuentra sometido a una gran tensión cuando las que las autoridades se ven presionadas para responder a la sensación de inseguridad que embarga a las poblaciones frente al terrorismo. Está claro, que, en no pocas ocasiones, se ha cruzado fronteras que no debieron traspasarse.

A ello se suman otras acciones que van más allá del plano interno de los países, como los asesinatos selectivos de terroristas mediante operaciones de comando o bombardeos aéreos en Siria, Irak o Somalia, entre otros lugares. Está en juego en estos casos, el derecho internacional. Más aún, en situaciones como la de los presos en la prisión de Guantánamo, no sometidos a juicio y al margen de la protección que significa el estatus de prisionero de guerra.

En la medida en que el terrorismo siga amenazando a las sociedades, es de esperar que continúe el contrapunto entre las necesidades de la seguridad y los imperativos del Estado de derecho y la normatividad internacional.

### **Bibliografía**

- (1) BÉNICHOU, D. «L'approche judiciaire: les défis de la répression», 325-399, en BÉNICHOU, D. KHOSROKHAVAR, F. MIGAUX, P. (Ed.) *Le Jihadisme: le comprendre pour mieux le combattre*. 1ª ed. Paris: Plon, 2015.
- (2) BOËTON, M. «Les Français divisés face à la peine de mort» *La Croix*. 4 de junio de 2019.
- (3) BRUNEL M., MILLER, E. «Les mesures de lutte contre le terrorisme face aux droits de l'homme». *Antiterrorisme, droits et libertés*. 14 de agosto de 2019. 18.21. Disponible en <https://antiterrorisme-droits-libertes.org/spip.php?article20>
- (5) DE AMORIN, M. «À quoi servent les fichiers de radicalisés?» *La Croix*. 24 de marzo de 2018.
- (6) LAZARD, V. «Fusillade à Strasbourg : le profil inquiétant du tireur, Cherif Chekatt». *L'Obs*. 12 de diciembre de 2018.



- (7) LELOUP, D., UNTERSINGER, M. «Qu'est-ce que le USA Freedom Act?» *Le Monde*. 1 de junio de 2015.
- (8) NIETO GARCÍA, A. «La aplicación del régimen cerrado de vida en virtud del artículo 102.5 —apartados a) b) c)— del Reglamento Penitenciario» *Diariolaley* 17 de agosto de 2019. 22.47. Disponible en [http://diariolaley.laley.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAEAC2NQWvDMAyFf818GZQkkLYXXbIcSxlr2F2xhWNwrdaWs-bfT1sreEgPfdK7V8rbRA8Byy54fr9RwmjKljhtV5hyJSM4F2jeDrZVdQatVIwjWzgc\\_0xYacIZGsPZUR42nYQF4xcVaNu-N2XhnzOuwaMETgPm59vgHIxTo9Ud9\\_2-MyvlogB8B09JyCzBLyeVPPICmO3yiZ5Aw-tVGd5huT1em6GK6PUs6fLvjY3aRxT6wEjJvXJ\\_ARP2GHXyAAAAWKE](http://diariolaley.laley.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAEAC2NQWvDMAyFf818GZQkkLYXXbIcSxlr2F2xhWNwrdaWs-bfT1sreEgPfdK7V8rbRA8Byy54fr9RwmjKljhtV5hyJSM4F2jeDrZVdQatVIwjWzgc_0xYacIZGsPZUR42nYQF4xcVaNu-N2XhnzOuwaMETgPm59vgHIxTo9Ud9_2-MyvlogB8B09JyCzBLyeVPPICmO3yiZ5Aw-tVGd5huT1em6GK6PUs6fLvjY3aRxT6wEjJvXJ_ARP2GHXyAAAAWKE)
- (9) PILORGET-REZZOUK, C «Attaque à la prison de Condé-sur-Sarthe: des «failles et des questions». *Libération*. 6 de marzo de 2019.
- (10) RADENOVIC, P. «Prison de la Santé : dans les coulisses du quartier de prévention de la radicalisation» *Le Journal du Dimanche*. 13 de julio de 2019.
- (11) SAVAGE, C. «Judge Rules Terrorism Watchlist Violates Constitutional Rights», *New York Times*, 4 de septiembre de 2019.
- (12) SOMIEDO, J. «La estructura y la organización de los grupos terroristas bajo la óptica del aprendizaje organizacional». Instituto Español de Estudios Estratégicos. 22 de agosto de 2019. 15.06. Disponible en [http://www.ieee.es/en/Galerias/fichero/docs\\_marco/2015/DIEEEM24-2015\\_OrganizacionesTerroristas\\_PabloSomiedo.pdf](http://www.ieee.es/en/Galerias/fichero/docs_marco/2015/DIEEEM24-2015_OrganizacionesTerroristas_PabloSomiedo.pdf)
- (13) VALLAT, T. «Délit d'entreprise terroriste individuelle: la décision de recadrage du Conseil constitutionnel du 7 avril 2017». *Thierryvallatavocat*. 16 de agosto de 2019. 15.12. Disponible en <http://www.thierryvallatavocat.com/2017/04/delit-d-entreprise-terroriste-individuelle-la-decision-de-recadrage-du-conseil-constitutionnel-du-7-avril-2017.html>