

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana * ** ***

Francesco Viganò
Catedrático de Derecho Penal en la Università degli Studi di Milano, Italia
francesco.vigano@unimi.it

Resumen

El artículo da cuenta de la línea seguida por el sistema penal italiano en materia de oposición al terrorismo de matriz islámica. Tras exponer la dicotomía entre la “vía norteamericana” y la “vía europea” de enfrentamiento del mencionado fenómeno, el autor toma posición en el debate sobre el denominado derecho penal del enemigo, concluyendo que la oposición al terrorismo debe continuar pasando a través del derecho y la jurisdicción penal, y que es tarea de la ciencia penal orientar a los poderes creadores del derecho criminal en la búsqueda de un punto de equilibrio sostenible entre defensa social y garantías. En seguida se examinan los tipos penales italianos más relevantes utilizados en la práctica de la oposición al terrorismo islámico. Se dedica una atención especial a la participación en una asociación terrorista, figura que, junto con constituir el eje en la materia, ofrece la mayor problemática desde el punto de vista de la compatibilidad con los principios constitucionales.

Palabras clave

Terrorismo, terrorismo internacional, fundamentalismo islámico, asociación ilícita, asociación ilícita con finalidad terrorista, derecho penal del enemigo, jihad, seguridad, libertad.

Abstract

L'articolo illustra l'approccio del sistema penale italiano al contrasto al terrorismo di matrice islamica. Dopo alcune considerazioni di fondo sulla dicotomia tra la ‘via nordamericana’ e la ‘via europea’ del contrasto a tale fenomeno, l'autore prende posizione nel dibattito sul c.d. diritto penale del nemico, concludendo che il contrasto al terrorismo deve continuare a passare attraverso il diritto e la giurisdizione penale, e che è compito della scienza penale orientare i poteri che conformano il diritto penale nella ricerca di un punto di equilibrio sostenibile tra difesa sociale e garanzie. Il lavoro esamina quindi le fattispecie penali più rilevanti utilizzate nella prassi quali strumenti di contrasto al terrorismo di matrice islamica. Particolare attenzione è riservata alla figura centrale (e particolarmente problematica dal punto di vista della sua compatibilità con i principi costituzionali) della partecipazione ad una associazione terroristica.

* Artículo recibido el 14 de Marzo de 2007 y aprobado para su publicación el 21 de Marzo de 2007.

** El texto corresponde a la versión escrita de la relación presentada por el autor en el Seminario sobre “Ejecución de la Decisión Marco sobre Terrorismo” organizado por la Universidad de Castilla La Mancha, realizado en Albacete el 27 y 28 octubre de 2005. Un tratamiento más extenso de la problemática aquí abordada se halla en VIGANÒ, Francesco. “Terrorismo, guerra e sistema penale.” *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. 2006 fasc. 2, pp. 648 – 703.

*** Traducido por Fernando Londoño M.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Key words

Terrorismo, terrorismo internazionale, fundamentalismo islamico, reato associativo, associazione con finalità di terrorismo, diritto penale del nemico, jihad, sicurezza, libertà.

Introducción

Los hechos del 11 de septiembre han puesto definitivamente en evidencia cuán aguda es la amenaza del terrorismo de matriz islámica para los países de Occidente. Las macabras y espectaculares imágenes del impacto y del colapso de las torres gemelas – captadas y amplificadas por los medios de comunicación del mundo entero – han provocado en todos la idea de unos Estados Unidos golpeados en el corazón por un ataque sin precedentes, dirigido simultáneamente contra los símbolos de su poder económico, militar y político (el propio World Trade Center, el Pentágono y el Congreso); un ataque tanto más alarmante en cuanto lanzado por un enemigo fugaz, “invisible”. Un enemigo que viene desde el exterior, pero que se mueve al interno de Occidente, y que puede aprovechar aquí de una extensa red de complicidad; un enemigo que parece moverse cómodamente entre Estados Unidos, Alemania, España, Francia, Bélgica e Italia a la hora de tejer sus tramas de destrucción y muerte.

Por otra parte, la trágica experiencia madrileña del 11 de marzo de 2004 y los atentados londinenses del 7 y 21 de julio de 2005 han puesto en evidencia que la jihad global, proclamada por el fundamentalismo islámico contra Israel y los Estados Unidos,¹ envuelve también a los países europeos, los que hasta ahora habían sido fundamentalmente utilizados sólo como meras bases logísticas para la preparación de atentados a cometerse fuera de ellos. La participación de la España de Aznar y del Reino Unido en la invasión iraquí de marzo de 2003 puede por cierto haber jugado un papel en la elección de los primeros objetivos en suelo europeo; pero que la amenaza sea general, y en cierta medida independiente de las posiciones políticas relativas al conflicto iraquí, se demuestra a partir de la circunstancia que algunas semanas después del 11 de marzo, cuando el nuevo gobierno español había ya anunciado la propia decisión de retirar las tropas – y, por tanto, tras un cambio de posición que, desde el punto de vista de los ideólogos de la jihad, muy bien habría podido ser considerado como un extraordinario suceso político –, fue desactivada una bomba colocada en la ferrovía entre Sevilla y Madrid, la que habría debido explotar al paso de un tren veloz cargado de pasajeros.

En cuanto a Italia, hasta ahora mi país ha sido golpeado sobre todo en suelo iraquí, pagando un significativo tributo en términos de víctimas militares, así como de civiles secuestrados (y a veces ulteriormente asesinados). Pero las investigaciones de la magistratura han evidenciado que en los últimos años Italia ha sido utilizada como una importante base logística para el reclutamiento de combatientes islámicos, posteriormente conducidos a campos de adiestramiento ubicados en Afganistán y, entre el 2001 y el 2003, en Iraq. Asimismo, Italia ha sido utilizada como una base de conexión para la actividad de células que proyectaban atentados en otros países europeos, como lo demuestra el caso de Rabei Osman Ahmed El Sabet,² considerado uno de los organizadores del grupo responsable del atentado del 11 de marzo y capturado en Milán en junio de 2004 tras numerosas

¹ En cuanto a la estrategia de *jihad* global actualmente perseguida por los movimientos fundamentalistas islámicos, confróntese la documentada reconstrucción de KEPEL, Gilles. *Jihad. The Trial of Political Islam*. Londres; New York: I. B. Tauris, 2004, 454 p.

² Actualmente sujeto a dos procedimientos penales paralelos por pertenencia a una organización terrorista y otros títulos de imputación, tanto en España como en Italia.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

interceptaciones telefónicas que demostraban intensos contactos con células de fundamentalistas islámicos operativos en Francia, Bélgica y en la misma España.

Que la amenaza a todos nuestros países sea extremadamente seria, está por tanto fuera de discusión; de la misma manera que no se puede seriamente discutir que – precisamente por la densidad de vínculos entre las “células” operativas en varios países de Europa occidental, en Norteamérica, pero también en África y en Asia – la respuesta a semejante amenaza debería articularse a escala supranacional, a través de modalidades y estrategias lo más uniformes posibles y recíprocamente coordinadas.

A cinco años del 11 de septiembre, la realidad del enfrentamiento supranacional contra el terrorismo islámico es, lamentablemente, aún distante de semejante modelo ideal. Si los países europeos (y en particular aquellos continentales) han en efecto adoptado un enfoque fundamentalmente común, que confía al derecho y a la jurisprudencia penal un rol primario en la oposición a tal fenómeno criminal, la tendencia dominante al otro lado del Atlántico ha sido, precisamente al contrario, la de confiar la gestión del enfrentamiento esencialmente al poder ejecutivo, fuera de toda garantía jurisdiccional ordinaria.

Pero también en el ámbito de los países europeos, a pesar de los esfuerzos de la Unión Europea, queda mucho por hacer en el camino hacia la armonización de las respectivas legislaciones penales – tanto en el campo sustantivo como en el procesal – en materia de terrorismo. Ello termina por obstaculizar la misma cooperación judicial y de policías, cuya importancia ha sido confirmada por las investigaciones hispano-italianas relativas a los hechos del 11 de marzo, poco antes recordadas.

Este seminario constituye una preciosa ocasión para poner frente a frente las legislaciones y las experiencias concretas de, al menos, algunos de los países occidentales hoy más expuestos a las amenazas del terrorismo, no sólo de matriz islámica. Ello, con la conciencia que el mayor conocimiento recíproco es el paso primero, fundamental, en la construcción de una estrategia común, que sepa conjugar la necesidad de una tutela eficaz de nuestras sociedades; y con la exigencia, igualmente irrenunciable, de no disipar un patrimonio compartido de valores y garantías individuales, esenciales en la definición de nuestra propia identidad.

Mi trabajo se propone ofrecer, en esta óptica, un cuadro de la articulación del enfrentamiento del terrorismo de matriz islámica mediante el derecho penal en Italia, con particular referencia a las normas de derecho penal sustantivo que más a menudo han sido objeto de consideración en las investigaciones y procesos hasta ahora realizados.

La exposición que sigue se estructurará en cuatro partes. En la primera, desarrollaré algunas consideraciones de fondo – a la luz de la experiencia italiana – sobre el rol que el derecho penal puede y debe cumplir en la estrategia de oposición a los desafíos lanzados por el terrorismo islámico a los países occidentales (infra, 1). Luego afrontaré la problemática de la definición de terrorismo, que constituye una cuestión prejudicial cada vez que se pretende aplicar una norma de derecho penal (sustantivo o procesal) que contenga entre sus presupuestos la finalidad “terrorista” (infra, 2). Finalmente, pasaré al análisis de las normas de incriminación que, en el derecho penal italiano, juegan un papel de primer orden en el enfrentamiento del terrorismo islámico: el tipo penal de asociación terrorista previsto en el art. 270 bis c.p. (asociación con finalidad de terrorismo internacional) (infra, 3) y las otras normas que tipifican delitos-fin, delitos-medio o instrumentales, o bien actos preparatorios (infra, 4).

1. Consideraciones de fondo: ¿una “tercera guerra mundial” contra el terrorismo islámico?

1.1. La respuesta americana al 11 de septiembre

Ya inmediatamente después del 11 de septiembre, la palabra de orden de la administración americana fue la de “guerra”: el ataque lanzado contra los Estados Unidos por los terroristas de Bin Laden debía considerarse un acto de guerra, al cual no se habría podido responder sino con la guerra.

Igualmente inspiradas en una lógica bélica fueron, en efecto, las concretas acciones emprendidas por la administración Bush contra el terrorismo. No sólo con referencia a las operaciones militares, lanzadas contra el Afganistán de los Talibanes y el Iraq de Saddam Hussein el 2001 y el 2003, respectivamente, y presentadas como la primera y la segunda etapa de una más vasta “guerra global contra el terror”; sino también – y es aquello que más destaca en esta sede – con referencia al tratamiento de particulares individuos, sospechosos de estar implicados en la actividad de organizaciones terroristas. Así, se inventó una nueva etiqueta – *enemy combatants* – que permitió sustraer a los presuntos terroristas, dondequiera hubieren sido capturados, tanto de las garantías ordinarias del derecho penal como de aquellas, más limitadas, de las que legítimamente gozan los prisioneros de guerra en base al derecho internacional humanitario. Todo lo cual significaba en la práctica – al menos conforme a las intenciones originales de la administración Bush, según manifestadas por el Patriot Act 2001 (y sólo parcialmente corregidas por la sucesiva jurisprudencia de la Corte Suprema) – sustraer a los arrestados de cualquier garantía de *habeas corpus*, evitando así las “ataduras” que la magistratura americana habría podido oponer a la acción realizada por el poder ejecutivo.

El resultado es aquel que en modo perspicuo nos ha descrito John Vervaele en su presentación de hoy: un sistema administrado por cortes marciales directamente dependientes del poder ejecutivo, y caracterizado – en cuanto a los contenidos – por una maciza incriminación de actos preparatorios, todo lo cual confiere al sistema la típica fisonomía de un derecho penal de autor, orientado a la neutralización a tiempo indeterminado de sujetos socialmente peligrosos.³ En fin, un sistema que se presenta, a la hora del balance, como algo distinto y, aun más, alternativo, respecto al derecho penal, según como estamos habituados a entenderlo en nuestros países.

1.2. La respuesta europea

Diversa ha sido, hasta hoy, la respuesta europea a la emergencia representada por el terrorismo islámico.

En realidad, también la Unión Europea se alineó inmediatamente con el gobierno americano en la adopción de medidas preventivas (de naturaleza administrativa y sustraídas a toda garantía de carácter jurisdiccional) contra el financiamiento del terrorismo internacional, en particular a través de la denominada congelación de los bienes de las personas físicas y jurídicas sospechosas de poseer vínculos con el terrorismo internacional. Pero la estrategia general de oposición al terrorismo – dondequiera estuviese en juego la libertad personal, y no sólo el patrimonio – ha continuado a desarrollarse en vía primaria a través de los canales del derecho penal.

³ Asimismo, VERVAELE, J.A.E. “La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 2005, fasc. 2, p. 739 – 779.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n.º 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Esta decisión de continuar encomendándose al derecho penal como primera alternativa, no puede sino sobrentender el rechazo, por parte de los ordenamientos europeos, de la lógica bélica, que concibe al terrorista como enemigo. Continuar apostando por el derecho penal como instrumento de defensa social, aun frente a sucesos como aquellos del 11 de marzo, significa continuar manifestando la propia confianza en un instrumento de enfrentamiento que constituye, simultáneamente, una magna carta del reo y del presunto reo; y significa, sobre todo, continuar haciendo pasar la respuesta del ordenamiento a través del proceso y de la jurisdicción penal. Lo anterior implica no sólo que se tome seriamente en consideración, como agudamente ha subrayado Insolera, la posibilidad de que se arribe a la absolución del imputado,⁴ sino también la necesidad de dejar en libertad a un imputado que se sepa socialmente peligroso, en la medida en que la parte acusadora no logre, dentro de un período razonable y con los instrumentos ofrecidos por el proceso penal, probar su culpabilidad.

No sorprende entonces que también en Europa hayan tenido lugar consistentes impulsos para la superación de este modelo, en la dirección de un mayor alineamiento con la lógica bélica americana: a través, por ejemplo, de la previsión de detenciones policiales por tiempo indeterminado y no sujetas al control judicial, la institución de tribunales especiales con reglas probatorias diversas a las ordinarias y con garantías de defensa sensiblemente debilitadas, la introducción de expresas limitaciones de derechos fundamentales garantizados por las diversas Constituciones nacionales y/o por la Convención europea de los derechos del hombre, etc. A pesar de todo, estos impulsos no han triunfado en general, prevaleciendo en todas partes de Europa la idea de una conservación, en el plano institucional y normativo, de las garantías fundamentales, típicas del derecho y del proceso penal.

1.3. Las peculiares características del “derecho penal de la criminalidad organizada” en Italia: ¿un “derecho penal del enemigo”?

Naturalmente, todo lo anterior no excluye que, en concreto, incluso una respuesta estructuralmente “penal” pueda entrar en compromisos con lógicas de emergencia, que inclinen la balanza más hacia el lado de la defensa social que hacia el de las garantías y de la tutela de los derechos fundamentales del imputado (o del condenado). Varios ordenamientos europeos – entre ellos Italia, pero lo mismo vale para España y Reino Unido – han tenido éxito al reproponer o refinar instrumentos represivos ya experimentados a propósito de otras emergencias terroristas internas, ofreciendo así un modelo de oposición al terrorismo islámico en cierta medida híbrido: no en la línea del modelo “bélico” americano, pero al mismo tiempo caracterizado por vistosas desviaciones – en una óptica de doble vía⁵ – del derecho y el proceso penal aplicable a la criminalidad “común”.

Desde el punto de vista del derecho sustantivo, antes que nada, las características más destacables de este modelo híbrido son:

- la maciza incriminación, también aquí, de los actos preparatorios relativos a los “delitos-fin” de carácter terrorista. En Italia, como veremos, el rol central en la represión penal del terrorismo es confiado al tipo penal de asociación terrorista previsto en el art. 270 bis c.p., que sujeta a penas bastante severas (de hasta un máximo de quince años de prisión para los meros partícipes) conductas aún no ejecutivas de delitos terroristas, y a menudo cronológicamente muy distantes de su

⁴ INSOLERA, Gaetano. “Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale”. *Diritto Penale e Processo*. 2004, fasc. 11, p. 1325 – 1330, p. 1325.

⁵ O bien de “tercera” vía (o de “tercera velocidad”), según la perspectiva recientemente propuesta por SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001, p. 163 y ss.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

ejecución. El reciente decreto ley 144/2005 ha introducido en el ordenamiento una serie de normas que someten a penas elevadísimas conductas igualmente preparatorias, típicas del modo de operar de las asociaciones terroristas: el “reclutamiento de combatientes” (art. 270 quater c.p.) o su “adiestramiento” (art. 270 quinquies c.p.), así como la falsificación de documentos válidos para salir del país (art. 497 bis c.p.). En la práctica, todas estas normas permiten anticipar la respuesta penal, en función preventiva respecto a la (futura) comisión de actos terroristas, permitiendo con ello que el derecho penal pueda entrar en acción bastante antes de que se alcance el umbral de una tentativa punible; lo que de hecho confiere a la prisión preventiva, dispuesta sobre la base de graves indicios de responsabilidad con respecto a estos delitos, la misma función que una medida de prevención, en grado de neutralizar la peligrosidad social del sujeto investigado (al menos temporalmente, a la espera de la condena definitiva).

- la tendencia a la criminalización de formas de manifestación del pensamiento, en particular a través de la previsión de un tipo agravado de instigación pública y apología pública de delitos terroristas (art. 414, inciso final, c.p.), también introducido por el decreto ley 144/2005 y pensado “a medida” para hacerse cargo de las prédicas de los imam en las mezquitas;
- una fuerte grado de vaguedad de los principales tipos penales, comenzando por el tipo de asociación terrorista (en el que falta una definición sobre qué se debe entender por asociación, así como por pertenencia a la misma);
- la previsión de fuertes reducciones de pena para la colaboración procesal.

La existencia de una “segunda vía” para la criminalidad terrorista se vuelve aun más evidente si se consideran las normas procesales y penitenciarias. Las investigaciones en materia de terrorismo – así como las relativas a la criminalidad mafiosa – son confiadas a secciones locales especializadas de la Fiscalía; las interceptaciones telefónicas y ambientales son admitidas dentro de límites bastante más amplios con respecto a las investigaciones ordinarias; los plazos de prisión preventiva son más largos; los sujetos privados de libertad (en estado de prisión preventiva o bien tras sentencia de condena definitiva) son sujetos a un régimen especial de “cárcel dura”, sin ninguna posibilidad de acceder a los beneficios penitenciarios ordinarios; etc.

De cara a todo ello, no aparece del todo injustificada la pregunta, formulada por Jakobs de modo provocativo, si acaso pueda hablarse todavía, bajo estas condiciones, de un derecho penal tout court, o si en cambio se deba hablar de un “derecho penal del enemigo”: es decir, de algo que sería “otra cosa” respecto al común derecho penal del “ciudadano”.⁶ Es verdad que ambos sistemas son administrados por los mismos actores institucionales – jueces y ministerio público –, lo que les confiere el atributo de sistemas penales; pero sus lógicas, sus objetivos, sus concretos mecanismos de funcionamiento parecerían, en efecto, del todo heterogéneos. Si el derecho penal “del ciudadano” es un derecho penal del hecho, orientado según el principio de culpabilidad, el derecho “del enemigo” parece más bien un derecho penal de autor, orientado según la idea de la neutralización de la peligrosidad individual del autor. Lo anterior termina por repercutir en la teleología misma de la sanción penal, la cual, según Jakobs, estaría aquí despojada de todo contenido reeducativo, dada la radical carencia de capacidad de resocialización de sus destinatarios.

Como es sabido, las provocaciones intelectuales de Jakobs han suscitado un amplísimo debate en la literatura penal de lengua alemana, española e italiana. En el plano descriptivo, por ejemplo, algunos

⁶ Entre las numerosas intervenciones del autor sobre el punto, se vea por ejemplo – en lengua castellana – JAKOBS, Günther. Traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003, p. 57 y ss.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n.º 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

han negado que aquello descrito por Jakobs pueda aún definirse como “derecho penal”: según las incisivas palabras de Cancio Meliá, “derecho penal del ciudadano” sería un pleonasma, mientras que “derecho penal del enemigo” una *contradictio in adiecto*⁷. Pero la pregunta fundamental atañe, según mi entender, al plano crítico: frente a la constatación de Jakobs en cuanto a que, de hecho, prácticamente todos los ordenamientos penales contemporáneos practican un derecho penal especial (y del todo heterogéneo respecto al ordinario) para ciertas formas de criminalidad, entre las que se cuenta, *in primis*, la terrorista, ¿deberá la ciencia jurídica combatir estas (imponentes) desviaciones del derecho penal “clásico”, o bien deberá aceptarlas, quizás como un mal inevitable? La cuestión es intencionalmente dejada abierta por Jakobs, quien tiene cuidado de presentar su teoría siempre y sólo en clave descriptiva; pero no puede ser eludida por la ciencia jurídica, tanto en Italia como en España.

Sin la pretensión de afrontar de manera omnicomprensiva los múltiples aspectos desencadenados por las provocaciones jakobsianas, quisiera limitarme a enunciar tres tesis de fondo modeladas específicamente en torno al problema de la oposición al terrorismo (y en particular al terrorismo de matriz islámica) a través del derecho penal. A la vez, estas tesis constituirán el *fil rouge* de la breve reconstrucción del sistema italiano, la que desarrollaré en las partes siguientes de este trabajo.

1.4. Tres tesis de fondo: a) la oposición al terrorismo debe continuar pasando a través del derecho y la jurisdicción penal

Me parece, antes que nada, que una de las tentaciones más peligrosas en las que hoy puede caer el penalista, es la de etiquetar el particular subsistema del derecho penal de la criminalidad organizada – recientemente descrito en sus caracteres esenciales – como un otro, como un algo distinto respecto al derecho penal “auténtico”.

Una valoración semejante lleva implícita, de hecho, una actitud de rechazo del penalista a “ensuciarse las manos” con la materia, según la vía ya indicada en el Programa de Carrara a propósito de los delitos políticos: Carrara rehusaba a ocuparse de dichos delitos, precisamente en cuanto los consideraba como inspirados en una lógica totalmente heterogénea respecto a aquella implicada en “su” derecho penal, iluminista y racional.⁸ Sin embargo, razonando de este modo, se termina por sostener que el derecho penal “político” (o bien “del enemigo”, si se prefiere) no es otra cosa que ejercicio discrecional del uso de la fuerza por parte del poder político contra los propios enemigos; un ejercicio que para el estudioso del derecho sería vano pretender reconducir a coordenadas racionales. *Hic sunt leones*, en suma: aquí termina el derecho y comienza la guerra, la violencia, el arbitrio.

Adoptar una postura semejante, desdeñosa, significaría, sin embargo, legitimar una delegación en blanco para la lucha contra el terrorismo a favor del poder político, implícitamente ratificando toda suerte de desviaciones del modelo de un derecho penal “clásico”, concebido como instrumento de simultánea tutela de los bienes jurídicos amenazados por la criminalidad y de los derechos fundamentales del imputado y del condenado.

Considero, en cambio, que la tarea del estudioso del derecho es hoy exactamente la opuesta: resistir toda tentativa de desjurisdiccionalizar – sobre la base del modelo americano – la lucha contra el terrorismo, reafirmando la centralidad del rol del derecho penal en la ejecución de esta tarea.

⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. “Feind “strafrecht”?”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*. n.117, 2005, p. 268.

⁸ CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto penale. Parte Especial*, vol. VII, 1870, §§ 3913 y ss.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

El derecho y la jurisdicción penal son, en efecto, el antídoto más eficaz contra los riesgos de deslizamiento en derroteros intolerables para el Estado liberal de derecho y para nuestra propia identidad cultural occidental o judeocristiana, de la cual tanto se discute hoy. Esta identidad cultural posee entre sus elementos esenciales el reconocimiento de la dignidad humana y de un núcleo de derechos y libertades fundamentales que pertenecen a todos: ciudadano o extranjero, inocente o culpable. Los enemigos más temibles de nuestra civilización, no son quizás tanto los terroristas que azotan las torres gemelas o la estación de Atocha, cuanto Guantánamo o Abu Ghraib, cuyas siniestras imágenes minan nuestra propia legitimación moral en la lucha contra el terrorismo, oscureciendo la línea de demarcación entre víctimas y victimarios.

El derecho penal es el mejor instrumento para reducir estos riesgos de slippery slope, porque la jurisdicción penal es un sistema entretejido de controles, transparente, que garantiza a la persona limitada en sus derechos, la posibilidad de defenderse contra las acusaciones que se le dirigen; y es un sistema guiado por sujetos – jueces y fiscales – que, al menos en los países europeos, comparten todos una cultura de la legalidad, que no siempre poseen los funcionarios del poder ejecutivo o los militares.

Por otra parte, no es cierto que el derecho penal, con su carga de vínculos y garantías, no sea un instrumento eficaz en la defensa de la sociedad contra el terrorismo, y que deba por este motivo ser sustituido por otras instancias, según lo que siempre más a menudo se afirma también en Europa, en especial en el Reino Unido. La experiencia de las investigaciones judiciales seguidas en Italia y en muchos otros países europeos en los últimos cinco años, da cuenta, en efecto, de muchos importantes éxitos investigativos: atentados destinados a ser ejecutados sobre suelo europeo han sido impedidos; completas “células” terroristas han sido desmanteladas, muchos procesos se han llevado adelante o se están desarrollando en varios países europeos. Todo ello ha ocurrido sin que, según consta, algún sujeto privado de libertad haya sido torturado para obtener la confesión, o haya sido recluido a tiempo indeterminado sin conocer el motivo de su privación de libertad (como en cambio ha ocurrido, y cotidianamente acontece, en otras partes del mundo).

1.5. (Sigue): b) las garantías del derecho y del proceso penal pueden ser, sin embargo, diversamente modeladas según la gravedad y peligrosidad de los fenómenos criminosos que se enfrenta

En todo caso, subsiste la embarazosa objeción de Jakobs: admitamos incluso que la oposición al terrorismo deba ser – también en el futuro – dirigida por el derecho y la jurisdicción penal; ¿pero de qué derecho penal estamos hablando? De un derecho penal que comparte la fisonomía y los principios del ordinario derecho penal “del ciudadano”, o de algo que es radicalmente “otro” respecto a tal derecho? Y si se trata de un otro (se lo llame “derecho penal del enemigo” o bien “segunda vía” o “tercera velocidad”), ¿puede este “derecho” constituir una válida barrera contra las resbalosas laderas a las que se hacía referencia? Después de todo, el paso desde la teorización de la inevitabilidad (y por tanto de la legitimidad) de un derecho penal del enemigo, al reconocimiento de la legitimidad de la tortura para efectos de investigación – quizás con modalidades establecidas por ley y bajo control judicial – podría ser breve.

Antes de intentar responder a estas alarmantes preguntas, creo que valga la pena desarrollar una brevísima reflexión. Estoy personalmente convencido que la ciencia penal italiana – pero quizás el discurso vale también para la española – deba preguntarse si acaso en los últimos decenios, posiblemente como reacción a las experiencias autoritarias vividas por nuestros países en tiempos

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

diversos, no haya pensado demasiado al derecho penal como magna charta del reo – es decir, como instrumento de garantía de los derechos fundamentales del imputado y del condenado –, mucho más que como un instrumento simultáneamente llamado a asegurar una eficaz defensa de los bienes jurídicos individuales y colectivos amenazados por la criminalidad. Tengo de verdad la sensación de que hoy la ciencia penal corre el riesgo de no aparecer ya como un interlocutor creíble para los poderes “fuertes”, los que realmente “hacen” el derecho penal; en primer lugar para el legislador democrático, el que naturalmente está expuesto a la presión de una opinión pública alarmada, que por doquier reclama firmeza en el enfrentamiento del terrorismo.

Precisamente a efectos de no disipar el patrimonio esencial de las garantías y principios que conforman nuestra propia identidad occidental, hoy más que nunca es necesaria una seria toma de conciencia de la extrema peligrosidad y del carácter anómalo del fenómeno criminoso representado por el terrorismo de matriz islámica. La disponibilidad para el martirio vuelve a muchos terroristas – o aspirantes a tales – bastante menos motivables por la norma penal que la generalidad de los criminales, a la vez que exalta su carga de peligrosidad: porque en este modo cualquiera está en condiciones de transformar su propio cuerpo en un arma letal.

Pero si lo anterior es así, entonces quizás aparecerá como inevitable que la función de neutralización de la peligrosidad individual, propia del derecho penal en su complejo, resalte en primer plano frente a la “clásica” función “disuasiva” de la norma penal, o bien respecto a su función de “integración social”. De igual modo aparecerá como inevitable la incriminación de actos meramente preparatorios de cara a la exigencia vital de intervenir con la prisión preventiva en tiempo oportuno para impedir la ejecución de atentados catastróficos (como aquellos del 11 de septiembre o del 11 de marzo), sin tener que esperar el instante en el que el hechor se apreste a activar la mecha de la bomba destinada a dar muerte a cientos de personas en una estación de trenes. Lo anterior, incluso a costa de contaminar la apariencia del derecho penal “clásico” y de los principios que se enseñan en todo curso base de derecho penal.

Análogas desviaciones de las reglas ordinarias podrán luego revelarse inevitables en ámbitos del procedimiento penal y del derecho penitenciario, donde, por ejemplo, podrá resultar indispensable un robusto recurso a técnicas de investigación invasivas para la privacy individual, como las interceptaciones (telefónicas y ambientales), el aislamiento de los detenidos y las restricciones a la posibilidad de comunicación con el exterior de la cárcel, etc. Por lo demás, se trata de medidas ya ampliamente aplicadas en nuestros países, y que por ahora han pasado incólumes el juicio de legitimidad de las respectivas Cortes constitucionales y de la propia Corte europea de los derechos del hombre.

Todo lo cual significa reconocer abiertamente la inevitabilidad de una doble vía para la criminalidad común y para ciertas formas de criminalidad particularmente peligrosas (in primis el terrorismo). También el enfrentamiento de estas últimas realidades deberá permanecer confiada al derecho y a la jurisdicción penal, pero con una modelación diversificada de las garantías fundamentales reconocidas a los imputados y condenados.

En este marco, la expresión “derecho penal del enemigo” se revela inútil y desorientadora; y ello porque, por una parte, todo delincuente del que el sistema penal deba ocuparse es, en un cierto sentido, un enemigo: es un sujeto que ofende bienes y valores protegidos por el ordenamiento, y que por esto desencadena la reacción de la sociedad contra sí, canalizada a través de las reglas del proceso y del derecho penal; y porque, por otra parte, ningún delincuente (ni aun el terrorista más irreductible) puede

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

ser considerado, en rigor, como un enemigo: basta para ello considerar el art. 27, inciso 1º, de la Constitución italiana, norma que impone que durante el tratamiento penitenciario le sea dirigida a todo condenado preso, sin distinciones, cuanto menos una oferta para una posible reinserción en el tejido social; una oferta que no tendría sentido dirigir contra un enemigo perteneciente a una sociedad diversa.

En suma, se deberá hablar siempre de “derecho penal” y de derecho penal tout court; pero se tratará de un derecho penal que, en su interior, tolera diversas formulaciones de sus funciones, de sus principios, de sus reglas, según la diversa naturaleza y peligrosidad de la criminalidad que es llamado a combatir.

La idea de fondo que pretendo expresar es la de la necesidad de un enfoque flexible a los principios y a las garantías características del derecho penal, abierto a posibles balances entre exigencias de “seguridad” social y exigencias de tutela de las “libertades” de los individuos. Sin un habitus mental semejante, la ciencia penal se condenaría a la autorreferencia en el futuro próximo, perdiendo toda chance de incidir en la concreta conformación de los mecanismos de enfrentamiento de la criminalidad terrorista.

1.6. (Sigue): c) la tarea de la ciencia penal es la de orientar a los poderes que “hacen” el derecho penal (legislador, jueces ordinarios y constitucionales) en la búsqueda de un punto de equilibrio sostenible entre defensa social y garantías

Naturalmente, un enfoque flexible no significa levantar bandera blanca frente a las limitaciones o supresiones de cualquier garantía: significa más bien, buscar un punto de equilibrio sostenible entre garantías y exigencias de defensa social, aun en los ámbitos en los que éstas últimas son más fuertes (como precisamente acontece en el caso de la criminalidad de matriz terrorista).

A mi juicio, el punto de partida debe ser el reconocimiento de que no todas las garantías tienen el mismo peso. Hay principios y derechos asociados al corazón del Estado liberal de derecho, los cuales no pueden ser absorbidos ni balanceados con algún interés contrapuesto. Las indicaciones esenciales están contenidas en el art. 15 de la Convención europea de los derechos del hombre, el que, entre otras cosas, excluye cualquier limitación – ni aun en tiempos de guerra – del derecho a la vida (obviamente, sin perjuicio de las previstas en el inciso 2º del art. 2), del derecho a no ser sometido a tortura o a tratamientos inhumanos y degradantes, a no ser reducido a esclavitud, así como del principio de legalidad de la pena (en su núcleo mínimo de irretroactividad de las normas incriminatorias). Estas indicaciones están dotadas de una relevancia por cierto no teórica, sobre todo si se piensa a la época actual, en la que desde muchas posiciones se propugna explícitamente el uso de la tortura con respecto a presuntos terroristas,⁹ y en la que habitualmente se practica la entrega de los mismos (a través de procedimientos regulares de extradición o de expulsión, o bien a través de medidas de facto) a Estados en los que la tortura constituye una práctica habitual.¹⁰ Contra prácticas semejantes el estudioso del

⁹ Al respecto, por ejemplo, la conocidísima toma de posición de DERSHOWITZ, Alan M. *Terrorismo*. Roma: Carocci, 2003, p. 135 y ss. Para una remeditación – y consecuente reafirmación – del significado del carácter absoluto de la prohibición de la tortura por parte del Estado de derecho, recientemente SALIGER, Frank. “Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung”. *ZStW.* n° 116, 2004, p. 35 y ss.

¹⁰ Lo que lamentablemente acontece también en Italia: el reciente decreto ley 144/2005 prevé, en su art. 3º inc. 1, una forma de expulsión del extranjero sustraída a cualquier control jurisdiccional previo a su ejecución, la que el Ministro del Interior puede disponer cuando “existan motivos fundados para retener que su permanencia en el territorio del Estado pueda, en cualquier modo, facilitar organizaciones o actividades terroristas, aun internacionales”. El gobierno italiano ha ya hecho uso en varias ocasiones de tal poder, “entregando” de hecho presuntos terroristas a las autoridades de policía de los respectivos países de origen, las que no siempre se distinguen por el respeto de los derechos humanos.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

derecho será llamado a alzar con fuerza la propia voz, para poner en relieve que el repudio de la tortura pertenece a la esencia misma de la propia cultura occidental que se desea tutelar contra los ataques de los terroristas; y para insistir en el riesgo de pérdida de toda legitimación moral en la lucha contra los terroristas, allí donde se pretendiese seguir este camino siniestro.

Otros derechos y principios aparecen en cambio en grado de oponer menores resistencias a los balances, siempre que se conserve un núcleo mínimo de ellos (es decir, aquello que los alemanes llaman *Wesensgehalt*, el contenido esencial). El estudioso del derecho debería ser llamado aquí a ocuparse en primera persona de la búsqueda y de la discusión de puntos de equilibrio tolerables.

Una vez más, del derecho europeo y en particular de la jurisprudencia de Estrasburgo llegarán importantes indicaciones a este respecto. Ante todo, podrá justificarse una limitación relativa a los principios ordinarios de garantía frente a comprobadas situaciones de emergencia o, en todo caso, de amenazas especialmente insidiosas y peligrosas para la sociedad. Por otra parte, la limitación deberá aparecer idónea – al menos conforme a una valoración *ex ante* – en relación a los objetivos que se pretende conseguir. Por último, la limitación no deberá exceder los límites de una estricta necesidad, entendida en un sentido doble: que no sea posible la sustitución de la limitación con medidas menos ofensivas de principios y derechos fundamentales; y que se resguarde su proporción respecto al fin perseguido.

Pensemos, por ejemplo, al problema de la anticipación de la tutela penal a los actos preparatorios, tantas veces evocado como aspecto distintivo del derecho penal de la criminalidad organizada. Ya he destacado como, según mi entender, es completamente irrealista la opinión (compartida por muchos en Italia) de quien a priori, a la luz del principio constitucional de ofensividad, considera ilegítimas las incriminaciones de actos preparatorios: un sistema penal que se limitase a incriminar sólo actos de ejecución de atentados terroristas, no se encontraría en condiciones de asegurar una defensa social eficaz y sería inmediatamente acompañado de un sistema de medidas de prevención con carácter privativo de libertad, directamente administrado por el poder ejecutivo; un sistema que, sin embargo, resultaría bastante más peligroso para los derechos fundamentales de los internos que un derecho penal que, bajo control judicial, encarcele a los autores de los actos preparatorios. El problema es más bien el de efectuar una rigurosa selección relativa a la idoneidad y la estricta necesidad de anticipación de la tutela penal respecto a los objetivos de tutela social perseguidos. Se trata, por tanto, de evitar incriminaciones de radio demasiado amplio, que golpeen ciegamente tanto conductas realmente peligrosas para los bienes jurídicos como conductas expresivas de un mero disenso o bien de proximidad ideológica con los autores de crímenes. Asimismo, se trata de vigilar de manera que las sanciones se mantengan dentro de los límites de una razonable proporcionalidad respecto al grado real de ofensividad del hecho cometido (lo que obviamente implica la necesidad de que se prevean sanciones considerablemente inferiores – con respecto a aquellas de ejecución de delitos-fin – para las conductas meramente preparatorias).

Por otra parte, resulta razonable que las decisiones de criminalización de actos meramente preparatorios puedan aparecer más o menos legítimas según si la conducta incriminada sea neutra, o bien consista ella misma en el ejercicio de un derecho fundamental: por ejemplo, una cosa es incriminar el adiestramiento militar de una persona (es decir, una conducta no correspondiente al ejercicio de alguna libertad fundamental), y otra incriminar una conducta como la apología de un delito terrorista, la que precisamente consiste en una manifestación del propio pensamiento; o sea, una conducta que, en todo ordenamiento liberal, constituye objeto de una de las libertades fundamentales

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

más importantes. Por tanto, para que la incriminación pueda ser considerada legítima, las razones que justifican esta segunda decisión deberán ser bastante más imperativas.

A partir de estas poco más que rapsódicas observaciones – que sirven para delinear un programa de trabajo más que para exponer sus resultados – debería también resultar claro quiénes son los interlocutores naturales de la ciencia penal en esta obra de búsqueda de puntos sostenibles de equilibrio.

Pienso, en primer lugar, en el legislador, es decir, en la instancia que en los ordenamientos democráticos tiene, antes que nadie, la responsabilidad de formular las reglas que cristalizan estos balances. Aquí debe recordarse que por legislador ya no debe entenderse sólo el nacional, sino también el supranacional, sobre todo allí donde – como en sede de la Unión Europea – tenga el poder de emanar normas que vinculen al legislador nacional en determinadas decisiones normativas. La ciencia penal deberá entonces comenzar a reclamar con más fuerza al legislador supranacional una mayor consideración de los derechos fundamentales del hombre; derechos que – en sus preámbulos – las convenciones, las acciones comunes y las decisiones marco frecuentemente afirman querer respetar, pero que a menudo son luego desenvueltamente olvidados en el texto mismo, al imponer precisos deberes de criminalización para los Estados.

Pienso enseguida en las Cortes constitucionales, las que – allí donde existan, como es el caso de España e Italia – tienen la tarea de tutelar los derechos fundamentales del individuo aun contra la voluntad de la mayoría representada en las leyes, y que desde siempre realizan delicados balances entre tales derechos y las contrapuestas finalidades de tutela que persigue la ley. Tampoco aquí se pueden olvidar las cortes internacionales, las que desempeñan funciones homólogas; antes que cualquier otra, la Corte Europea de Estrasburgo, cuyo rol en la formación de un derecho común europeo de las libertades y de los derechos fundamentales se vuelve cada día más incisivo.

Finalmente pienso en los jueces ordinarios, a los que toca la tarea de concretizar la voluntad legislativa para el caso concreto, llenando de contenido los signos lingüísticos utilizados por la norma. Se trata de una tarea particularmente delicada e importante en cuanto que, como a menudo sucede en la materia que nos ocupa, tales signos lingüísticos se caracterizan por un elevado grado de vaguedad semántica (como en los ya recordados casos de los conceptos de “asociación” y “pertenencia”). En estos casos, será la jurisprudencia ordinaria la que deberá dar vida a los principios (garantísticos) del “derecho penal del hecho”, de ofensividad, de proporción, etc., en cuanto criterios hermenéuticos, en orden a restituir linfa y sangre a tipos penales que de otro modo deberían considerarse “vacíos”.

La ciencia penal deberá entonces confrontarse con todos estos actores, orientando, anticipando y, si es del caso, criticando sus decisiones, pero siempre a través de un enfoque constructivo, que no podrá sino que desarrollarse desde la toma de conciencia de la seriedad y, en un cierto sentido, de la excepcionalidad del fenómeno que se trata de combatir.

Las breves observaciones que siguen, en las que intentaré trazar las coordenadas esenciales de las normas de derecho penal sustantivo a través de las cuales se articula en Italia el enfrentamiento del terrorismo, constituyen en definitiva una primera tentativa – aún incompleta – de poner en práctica este programa.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

2. La definición de terrorismo

2.1. La situación anterior a julio de 2005 y el rol de la Convención ONU de 1999 contra el financiamiento del terrorismo

Uno de los problemas cruciales surgido en los primeros procesos seguidos contra presuntos terroristas islámicos concierne a la definición de la finalidad de “terrorismo”.

El derecho penal italiano conoce el término “terrorismo” desde el inicio de la década del ochenta. En particular, en 1981 se verifica la introducción de una serie de normas – en especial aquella que tipifica el delito de asociación, previsto en el art. 270 bis c.p. – que, junto a la finalidad de subversión, mencionan la finalidad de terrorismo como objeto alternativo del elemento subjetivo de intención trascendente.

Sin embargo, mientras el concepto de subversión es unívocamente referible – en virtud de la norma de interpretación fidedigna prevista en el art. 11 de la ley 304/1982 – a la subversión del orden constitucional (italiano), el concepto de terrorismo no se encontraba expresamente definido en el derecho penal italiano, al menos no hasta julio de 2005.

En realidad, a lo largo de los años ochenta, la falta de una definición normativa no había creado particulares problemas para los intérpretes, desde el momento que los grupos terroristas internos, entonces operativos, también se proponían finalidades subversivas del ordenamiento constitucional italiano, de manera que el aparato normativo de enfrentamiento del terrorismo o de la subversión resultaban pacíficamente aplicables a sus actividades.

Las primeras dificultades surgieron en cambio en los años noventa, con relación a la actividad de “células” islámicas afiliadas a movimientos subversivos de carácter nacional (el GIA argelino, los Hermanos musulmanes egipcios, etc.), los que en Italia desempeñaban actividades de soporte logístico (recolección de fondos, reclutamiento de combatientes, etc.) relativa a actividad de combate a desarrollarse exclusivamente en el exterior, y dirigidas – precisamente – al derrocamiento de gobiernos extranjeros. Sobre la base de las normas entonces vigentes, la Corte de casación italiana afirmó que dichas conductas debían ser consideradas como penalmente irrelevantes en nuestro país, no pudiendo ser consideradas – en cuanto dirigidas a la subversión de ordenamientos extranjeros – como subversivas; y ni siquiera pudiendo ser consideradas como terroristas, en la medida que, en conformidad con la ratio de tutela del art. 270 bis c.p. (colocada en el título del código penal dedicado a los delitos contra la personalidad del Estado italiano), la finalidad de terrorismo debía ser interpretada como aquella actividad dirigida a sembrar terror únicamente entre la población italiana.

La situación se modificó parcialmente cuando, tras el 11 de septiembre, el legislador italiano introdujo un inciso tercero en el art. 270 bis c.p., aclarando que la finalidad de terrorismo subsiste incluso cuando las actividades proyectadas por la asociación sean dirigidas contra un Estado extranjero, así como una institución u organismo internacional. Sin embargo, nuevamente el legislador italiano desaprovechó la ocasión para introducir una definición explícita de terrorismo, suscitando de este modo una grave incertidumbre para la praxis.

De hecho, en el transcurso de los primeros años del dos mil, las investigaciones revelaron la presencia en el territorio italiano de células islámicas, ya no afiliadas – como en la década precedente – a

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

organizaciones subversivas de carácter nacional, sino compuestas por militantes de diversa extracción geográfica (norteafricanos, somalíes, jordanos, paquistaníes, etc.), congregados por la común pertenencia al área del fundamentalismo islámico. En nuestro país dichas células esencialmente desarrollan una actividad de soporte logístico a la actividad de organizaciones supranacionales más extensas (éstas últimas sospechosas de mantener vínculos más o menos directos con Al Qaeda), en particular reclutando “combatientes” destinados a ser enviados, a través de caminos usualmente tortuosos, a campos de adiestramiento ubicados, primero, en Afganistán y, luego, en Irak.

El principal problema de orden jurídico que se planteó en relación a semejantes hipótesis fue, precisamente, la de la calificación como “terrorismo” de la actividad final de las asociaciones en las cuales los “combatientes” reclutados por las células italianas irían a insertarse. Sobre la base del material recogido por las investigaciones, resultaba de hecho verosímil el empleo de los “combatientes” reclutados en el contexto de verdaderos conflictos armados, en los cuales resultaba extremadamente problemático distinguir las actividades de guerra de las actividades propiamente “terroristas”.

Por ejemplo, en una resolución de enero de 2005 – que generó un notable revuelo en la opinión pública–, un juez de control de la investigación preliminar de la ciudad de Milán, puso en libertad a dos sujetos sindicados de pertenencia a una “célula” islámica, considerando verosímil que los “combatientes” por ellos reclutados y enviados entre febrero y marzo de 2003 a campos de adiestramiento ubicados en el Curdistán iraquí, fueran en realidad destinados a ser empleados en combates contra las fuerzas de la coalición aliada que invadió Irak precisamente en marzo de 2003. El juez consideró entonces que la actividad de dichos combatientes no podía ser calificada como acto terrorista, sino como acto de (legítima) guerrilla contra una invasión extranjera; y, consecuentemente, desestimó los graves indicios de culpabilidad que existían contra los sujetos pertenecientes a la célula italiana por el delito previsto en el art. 270 bis c.p., por falta de finalidad terrorista de la asociación a la cual habían contribuido.¹¹

La resolución recién aludida – que fue de inmediato seguida por otras, en parte conformes, en parte en disenso – evidenció de manera plástica las dificultades ligadas a la definición de terrorismo: ¿es terrorista, por ejemplo, el kamikaze que se lanza cargado de explosivo contra un tanque de un ejército ocupante?

En un contexto de perenne silencio del legislador italiano, la doctrina y la misma jurisprudencia comenzaron a dirigir su atención a las fuentes internacionales vinculantes para nuestro país.¹² Al respecto, la definición de “delito terrorista”, contenida en la decisión marco de la Unión Europea del 13 de junio de 2002 (2002/475/GAI), podía jugar un rol en general limitado. Dicha definición – a falta de una transposición por parte del legislador nacional – no podía asumir efectos directos en nuestro ordenamiento, según lo previsto en el inciso 2° del art. 34 del T.U.E.

Mucho más relevante resultaba en cambio la definición contenida en el art. 2° de la Convención ONU contra el financiamiento del terrorismo, de 1999, ratificada por Italia en 2003 y de este modo incorporada en el ordenamiento italiano. Según muchos autores, dicha definición debía ya entenderse como integrante de las normas penales italianas que contemplan el elemento de la finalidad de “terrorismo”, transformando tal requisito en un elemento normativo del tipo.

¹¹ Trib. de Milán, 24 de enero de 2005. *Diritto e Giustizia*. n.6, 2005, p. 92 y ss.

¹² En particular, el amplio y documentado estudio de VALSECCHI, Alfio. “Il problema della definizione di terrorismo”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 2004, fasc. 4, p. 1127 – 1159.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Según la aludida definición, es terrorista toda conducta específicamente señalada como tal por las (numerosas) convenciones internacionales, denominadas sectoriales, que exigen la incriminación de específicas actividades típicamente terroristas (desde el secuestro de naves y aeronaves, hasta la captura de rehenes), y además cualquier otra conducta que:

- desde el punto de vista objetivo, esté dirigida a causar muerte o lesiones graves a un civil o, en contextos de conflicto armado, a una persona que no participa directamente en las hostilidades; y que
- desde el punto de vista subjetivo, esté fundada en una de las dos siguientes finalidades alternativas: la finalidad a) de intimidar a la población, o bien b) de constreñir a un gobierno o a una organización internacional a cumplir o a omitir un acto.

A este punto es fácil comprender cómo el *punctum dolens* fuese representado, en los casos judiciales a que se ha hecho referencia, por la prueba de la calidad de las potenciales víctimas de los “combatientes” reclutados por las “células” italianas. Por ejemplo, en una sentencia de septiembre de 2005, el tribunal de Milán absolvió a un grupo de sujetos imputados por el delito previsto en el art. 270 bis c.p., considerando que la acusación no ofreció prueba que las personas, enviadas por los imputados a campos de adiestramiento ubicados en el Curdistán iraquí y dirigidos por la organización Ansar al Islam, habrían sido posteriormente empleadas en atentados contra civiles o, en todo caso, contra sujetos no directamente partícipes en el conflicto armado desencadenado a consecuencia de la invasión de las fuerzas de la coalición en marzo de 2003, no pudiéndose, por el contrario, calificar como acto de terrorismo la actividad de mera oposición a la invasión militar.¹³

2.2. La nueva definición prevista en el artículo 270 sexies c.p.

En julio de 2005, aún bajo la estela de conmoción provocada por los atentados londinenses, el legislador dictó – en el nuevo art. 270 sexies c.p. – su propia definición de terrorismo, recepcionando en gran parte la definición ofrecida por la ya citada decisión marco de la UE 2002/475/GAI.

Tal definición se construye en torno a los siguientes elementos:

- desde el punto de vista objetivo, son consideradas como terroristas las conductas “que, por su naturaleza o contexto, puedan provocar grave daño a un país o a una organización internacional”;
- desde el punto de vista subjetivo, tales conductas deben ser realizadas con el objeto alternativo de: a) “intimidar a la población”, b) “constreñir a los poderes públicos o a una organización internacional a cumplir o abstenerse de cumplir un acto cualquiera”, o bien c) “desestabilizar o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas y sociales de un país o de una organización internacional”.

La definición se completa con una cláusula de cierre según la cual son además consideradas terroristas todas las restantes conductas definidas como tales por convenciones u otras normas de derecho internacional vinculantes para Italia.

La norma que define la noción de terrorismo, prevista en el art. 270 sexies c.p., se coloca, evidentemente, como norma aplicativa de la decisión marco UE. Por otra parte, a diferencia de la

¹³ Corte d’Assise de Milán, 9 de mayo de 2005, Buoyahia Hamadi. *Rivista. Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 2005, p. 821.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

definición prevista en el art. 1º de la decisión marco, la norma italiana evita enumerar específicamente los delitos susceptibles de ser calificados como terroristas en presencia del necesario elemento subjetivo de intención trascendente. A este respecto, es verosímil que el legislador italiano haya considerado superflua una enumeración semejante, visto que buena parte de las conductas comprendidas en el elenco del art. 1º se encuentran ya previstas de manera autónoma como tipos penales ad hoc, en cuanto ejecutadas con la finalidad terrorista (por ejemplo, bajo los tipos previstos en los artículos 280, 280 bis, 289 bis c.p., respecto a los cuales cfr. infra, apartado 4), mientras que las conductas restantes constituyen delitos comunes, a los que es aplicable la circunstancia agravante dispuesta en el art. 1º de la ley 15/1980, siempre que en concreto hubieren sido ejecutados con una finalidad terrorista.

Más interesante es destacar los elementos novedosos – respecto a la definición de la Convención de Nueva York de 1999 – contenidos en la definición prevista en el art. 270 sexies c.p. Desde el punto de vista objetivo, falta aquí toda mención al criterio de la calidad de la víctima, pareciendo ahora irrelevante que la víctima sea un civil o, incluso, eventualmente, un militar activamente en ejercicio en un conflicto armado. En seguida, desde el punto de vista subjetivo, a las dos finalidades ya mencionadas por la Convención de 1999 (la terrorista en sentido estricto y la coercitiva respecto a la autoridad pública) se agrega aquí una tercera posible finalidad, en la práctica representada por la subversión relativa a cualquier país u organización internacional. La finalidad subversiva se convierte de esta forma en una sub-hipótesis de la finalidad terrorista, dejando de ser una finalidad distinta, como era anteriormente el caso en el ordenamiento italiano.

Ambas novedades merecen alguna reflexión.

En cuanto al problema de la víctima del acto terrorista, es preciso hacer notar de inmediato que el derecho internacional se muestra uniforme en el sostener que un acto terrorista pueda ser cometido también en situaciones de conflicto armado, siempre que la víctima sea un civil o, en todo caso, una persona que no tome parte activa en la hostilidades, tratándose de otro modo de un acto de guerra que será valorado según los principios y las reglas del *ius in bello*. De aquello era también plenamente consciente la Unión Europea al aprobar la decisión marco 2002/475/GAI, cuyo considerando decimoprimeros precisa en modo enfático que la propia decisión marco (y por tanto también su definición) no se aplica a hechos cometidos por las fuerza armadas en tiempos de conflicto armado (entendiéndose por ‘fuerzas armadas’, en el lenguaje del derecho internacional, cualquier grupo organizado, aunque irregular, de combatientes). Visto que el art. 270 sexies c.p., en cuanto norma aplicativa de la decisión marco, deberá interpretarse por el juez italiano en conformidad con la letra y con el objeto de la misma decisión marco, resulta razonable sostener que, respecto a los hechos cometidos por los combatientes en contextos de conflicto armado, retomará aplicación la definición prevista en el art. 2º de la Convención de Nueva York (que sigue siendo parte integrante del ordenamiento italiano en virtud de la ratificación celebrada), con la consiguiente exclusión, según la noción de terrorismo, de los hechos cometidos contra militares activamente en ejercicio en el conflicto. De hecho, esta conclusión confirma la irreprochabilidad de las decisiones absolutorias de muchos jueces italianos, en casos de falta de prueba convincente sobre el objetivo final de las acciones de los “combatientes” reclutados en territorio italiano.

Por lo que se refiere, en cambio, a la reconducción de las finalidades subversivas bajo el alero de la finalidad terrorista, la decisión del legislador italiano – impuesta por la decisión marco – se expone a serias perplejidades. En efecto, en virtud de la nueva definición, el legislador italiano se erigirá como

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

defensor del orden constituido en cualquier Estado extranjero, incluso de aquellos dirigidos por regímenes tiránicos o dictatoriales, irrespetuosos de los más elementales derechos humanos, sin que pueda invocarse alguna causa de justificación por parte de quien realice u organice actividades dirigidas al derrocamiento de tales regímenes. Por otra parte, el intérprete italiano no puede sino limitarse a tomar nota de semejante incongruencia, dada la imposibilidad de corregirla por vía interpretativa.

2.3. La individualización del bien jurídico agredido por las conductas terroristas

La nueva definición normativa ha vuelto, por lo demás, aun más problemática la cuestión de la individualización del bien jurídico agredido por las conductas definidas como “terroristas”.

Dado el carácter “internacional” de la definición, resultan ya insostenibles todas aquellas reconstrucciones – adoptadas en el pasado por nuestra jurisprudencia– que identificaban el ordenamiento constitucional italiano como objeto de tutela de las normas en materia de terrorismo. La ubicación sistemática de las normas en cuestión en el título del código penal dedicado a los delitos contra la personalidad del Estado italiano, debe entenderse ahora como un residuo histórico, del cual no es ya posible extraer consecuencia alguna para la individualización del bien jurídico tutelado.

En consecuencia, la doctrina ha propuesto identificar el nuevo objeto de tutela en un nuevo concepto de “orden público mundial” o de “seguridad pública mundial”,¹⁴ el que sería turbado por todas las actividades heterogéneas comprendidas en la definición prevista en el art. 270 sexies c.p., las cuales constituirían, al mismo tiempo, un crimen *iuris gentium* autónomo, destinado, tarde o temprano, a ser atribuido a la competencia de la Corte penal internacional.

No puedo sino manifestar aquí mis más serias reservas frente a la construcción de un semejante bien jurídico, que termina por elevar a objeto de tutela el status quo universal, así como las relaciones actuales de fuerza imperantes al interior de los Estados o entre los Estados. Que el derecho penal italiano, y el de todos los Estados europeos, deban ser llamados a activarse a favor de la tutela “en blanco” de una pax americana, real o meramente deseada, me parece muy discutible.

Mi propuesta consiste más bien en una decidida reducción de escala del objeto u objetos de tutela. Más detalladamente, los bienes jurídicos – individuales o colectivos – inmediatamente agredidos por las conductas terroristas son fácilmente identificables: la vida, la incolumidad física, la libertad personal de las víctimas de los atentados, pero también la propiedad individual o colectiva de los bienes materiales agredidos, etc. Por otra parte, tales conductas apuntan a agredir, de modo mediato, bienes jurídicos ulteriores, que, no obstante, varían según las diversas finalidades que el acto terrorista persigue.

No resulta difícil la identificación del bien tutelado a través de la segunda finalidad definida como terrorista por el art. 270 sexies c.p. (y por la decisión marco), es decir, la libertad de autodeterminación de los funcionarios públicos de cualquier Estado u organización internacional. La tercera finalidad alternativa (aquella subversiva) se explica, evidentemente, a partir de la voluntad de tutelar los ordenamientos vigentes de los Estados y de las organizaciones internacionales. Esta última decisión –

¹⁴ Así, ya con referencia a la versión del art. 270 *bis* c.p. según modificada en el año 2001, ROSI, Elisabetta. “Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione”. *Diritto Penale e Processo*. 2002, fasc. 2, p. 150 -163, p. 157.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

respecto a la que ya he expresado mis reservas – corresponde indudablemente a la voluntad del legislador (nacional e internacional).

Por lo que se refiere en cambio a la primera finalidad (“intimidar a la población”) – la más representativa del *modus operandi* terrorista – su previsión me parece funcional a la tutela de un verdadero derecho fundamental, a menudo dejado de lado por los instrumentos internacionales, pero que es mencionado por el preámbulo de la Declaración universal ONU de los derechos del hombre (1948), precisamente tras la conclusión del segundo conflicto mundial: es decir, la libertad respecto al temor (“freedom from fear”). Un bien jurídico – se tenga presente – absolutamente concreto y de naturaleza originalmente individual, aun si sus titulares pueden ser individuos pertenecientes a poblaciones enteras o a sectores significativos de las mismas.

3. La asociación con finalidad de terrorismo

3.1. La asociación terrorista prevista en el art. 270 bis c.p.: la estructura objetiva

Como ya he anticipado, la norma incriminatoria en torno a la cual gira en Italia el enfrentamiento del terrorismo de matriz islámica, es la prevista en el art. 270 bis c.p. Dicha norma incrimina – según la versión actualmente en vigor – la pertenencia a una asociación con finalidad de terrorismo – incluso internacional – o de subversión del orden democrático.¹⁵

Dicho tipo penal es especial con respecto a la figura general de la asociación para delinquir prevista en el art. 416 c.p., con la cual comparte la estructura objetiva; diferenciándose luego en virtud del particular objeto del programa criminal.

Desde un punto de vista objetivo, los requisitos de la asociación son, entonces, aquellos característicos de todo tipo de delito asociativo. A diferencia de la mera conspiración criminosa, la asociación tiene necesariamente como objeto la comisión de una pluralidad de hipótesis de delito; es decir, debe caracterizarse – según la fórmula habitual en jurisprudencia – por la presencia de un programa criminal indeterminado. En añadidura, ella debe poseer una cierta consistencia externa, que trascienda el mero vínculo asociativo, asumiendo las características de una organización de hombres y de medios para el perseguimiento del objeto criminal.

Entrando más en detalle, los rasgos típicos de una asociación criminal pueden ser identificados de la siguiente manera:

- una relativa estabilidad (y, en todo caso, el carácter no ocasional) de la composición del grupo;
- la presencia de normas internas para el reconocimiento de los miembros y, en todo caso, para su admisión al interno de la organización;
- una repartición de roles entre los miembros;
- la presencia de relaciones jerárquicas y de reglas que tutelen la disciplina interna, con la relativa previsión de sanciones en caso de violación de las mismas;

¹⁵ La situación era parcialmente distinta por lo que se refiere al terrorismo interno de matriz política propia de los años setenta y ochenta, donde a menudo era posible imputar también a los miembros de las organizaciones terroristas el delito tipificado en el art. 306 c.p. (banda armada). Ello era posible dada la normal disponibilidad de *armas* por parte de tales asociaciones (y de sus estructuras a nivel local). La contundente comisión de delitos-fin por parte de las asociaciones (como también de los denominados *delitos instrumentales*, consistentes, por ejemplo, en robos con el objeto de autofinanciarse) constituía además una ulterior rasgo diferencial respecto de la situación actual del terrorismo de matriz islámica.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

- la disponibilidad de instrumentos para la ejecución del plano criminal, en términos de disponibilidad de armas, estructuras lógicas, dinero, medios de transporte y/o de comunicaciones (teléfonos celulares), documentos falsos, etc.

Naturalmente, el problema fundamental que se plantea en la praxis consiste en establecer cuáles de estas características (que normalmente se hallan presentes en las grandes organizaciones criminales, sobre todo en las mafias locales) son imprescindibles para que pueda ser reconocida una asociación como jurídico-penalmente relevante.¹⁶ El problema es particularmente agudo, porque la experiencia investigativa hasta aquí acumulada no ha evidenciado la presencia de grandes organizaciones de matriz islámica estructuradas conforme al modelo de las mafias locales. La misma Al Qaeda parece ser mucho más una central ideológica y un centro de financiamiento (además de un “logotipo”), que una verdadera y propia “central del terror” en la que sean organizados y decididos los atentados terroristas a escala mundial. La realidad del terrorismo de matriz islámica parece más bien constituida por una miríada de “células”, cada una compuesta de pocos elementos, operativos en estrecha interconexión (y con frecuentes contactos – incluso a nivel transnacional – entre los respectivos responsables), pero bajo un régimen de autonomía recíproca; y la composición de cada célula parece relativamente variable, no habiendo hasta ahora aflorado evidencia alguna de la existencia de particulares redes de filiación o, en todo caso, de mecanismos de reconocimiento diversos a la común pertenencia al área del fundamentalismo de matriz islámica.

Por otra parte, en las numerosas investigaciones paralelamente conducidas en varios países europeos, no han surgido pruebas significativas (salvo en contadas ocasiones) de la posesión de armas para la ejecución de atentados. Falta entonces la prueba maestra que debería acreditar la idoneidad de la estructura organizada para la realización del propio programa criminal.

Lo que en cambio se ha evidenciado en abundancia es la existencia de firmes contactos recíprocos entre los sujetos pertenecientes a una particular “célula”, frecuentemente en torno a mezquitas ubicadas en ciudades. Dichos contactos – acreditados en sede procesal mediante interceptaciones telefónicas y/o ambientales, o bien mediante seguimientos en secreto) – evidencian en general la adhesión común de los sujetos a corrientes del islamismo radical, que propugnan una *jihād* global contra los intereses occidentales, como por lo demás testimonian las frecuentísimas incautaciones – realizadas en las habitaciones de los indagados – de material ideológico (por ejemplo, opúsculos y panfletos que exaltan la guerra santa) o de manuales de instrucciones sobre el uso de armas o de técnicas de combate. Por otra parte, en muchos casos, en las conversaciones interceptadas los sujetos expresan en términos genéricos su disponibilidad para enfrentar el “martirio” o para inmolarse por la causa del Islam, pero sin manifestar plan u objetivo preciso alguno.

Sobre la base de cuadros probatorios semejantes, ¿es posible reconocer la existencia de los requisitos objetivos de una asociación criminal?

¹⁶ Dicho problema también se plantea en los mismos términos en los instrumentos internacionales en materia de criminalidad organizada. Cfr., por ejemplo, el art. 2° de la decisión marco 2002/474/GAI, en el que se especifica que la asociación terrorista no necesariamente debe prever roles formalmente definidos para sus miembros, ni continuidad en la composición, ni una estructura articulada. Ello naturalmente deja abierta la cuestión sobre qué requisitos *deba* poseer en cambio la asociación para poder ser definida como tal.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Se tenga presente en este punto, que no sería posible proceder en virtud del art. 304 c.p., el que, según veremos, incrimina la mera conspiración para cometer un delito de tipo terrorista, no existiendo prueba de algún objetivo preciso. Pero el reconocimiento de una asociación (que precisamente se caracteriza por la presencia de un programa criminoso indeterminado) no se encuentra aquí libre de dificultades, considerada la ausencia de muchas de las características que normalmente connotan una “asociación criminal”. En efecto, aquí estamos frente a un grupo de personas, no estables en su composición, que ciertamente manifiesta una marcada propensión a la comisión de actos terroristas, pero que aún no ha cometido actividad alguna – ni siquiera de carácter preparatorio – funcional a la comisión de los actos mismos.

En casos como éstos, me parece que un derecho penal que no quiera transformarse en un simple instrumento de represión de la peligrosidad individual o de la mera voluntad de delinquir, debería estimar como aún no alcanzada la prueba de la existencia de una asociación. Lo anterior no sólo a causa de consideraciones – de por sí sacrosantas – de orden garantista, sino también porque mantener clara la distinción entre la mera voluntad de lesionar los bienes jurídicos y el paso concreto a la acción, constituye la solución más funcional al objetivo mismo de tutela de los bienes jurídicos. De otra forma, la perspectiva sería la de “disparar al bulto” contra una extensa área de solidaridad y simpatía por el terrorismo de matriz islámica, que por cierto también encuentra representación en las comunidades islámicas que viven en Italia y, en general, en los países occidentales. En suma, el riesgo consiste en alimentar perniciosas “guerras de religión” a través de criminalizaciones en masa, que sólo terminarían por radicalizar las tensiones y los gérmenes de extremismo ya existentes.

Para dar por acreditada la existencia de una asociación penalmente relevante, será necesaria, entonces, la prueba de un paso concreto a la acción por parte de los miembros del grupo; lo anterior, bajo una forma de actividad directamente preparatoria respecto a delitos-fin individuales, así como también bajo una forma de creación de una estructura organizativa idónea para la concreta puesta en acción del programa de violencia; por ejemplo, en términos de colección y envío de dineros, de reclutamiento de “combatientes”, el fornimiento de documentos falsos para los traslados de los mismos entre un Estado y otro, etc. Se tratará siempre de actividades preparatorias, quizás aún lejanas a la comisión de los delitos-fin,¹⁷ pero al menos se evitará atacar meras intenciones o manifestaciones de intenciones, las que deben permanecer como penalmente irrelevantes incluso frente a las exigencias de defensa social más apremiantes.

3.2. (Sigue): el programa criminoso de la asociación

En cuanto al programa que distingue a la asociación prevista en el art. 270 bis c.p. respecto de otras asociaciones criminales, la cuestión debe colocarse a dos niveles distintos.

En un primer nivel, las asociaciones en cuestión deben proponerse la realización de actos de violencia. Ante el silencio del legislador, el concepto de “violencia” deberá entenderse referido tanto a las personas como a las cosas (comprendiendo de esta forma, en particular, también las conductas descritas por el art. 280 bis c.p., el cual incrimina cualquier acto dirigido a dañar cosas muebles o inmuebles mediante el uso de explosivos o de artefactos letales).

¹⁷ Lo que por lo demás corresponde a la lógica de la incriminación del delito asociativo, que precisamente apunta a atacar conductas *preparatorias* relativas a los delitos-fin, de manera de permitir que el derecho penal pueda entrar en acción (a través de la prisión preventiva) *en tiempo oportuno* para prevenir la realización de los mismos: *supra*, apartado 1.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

En un segundo nivel, los actos de violencia deben perseguir una finalidad de subversión (del orden constitucional interno), o bien de terrorismo, según la definición prevista en el art. 270 sexies c.p., sobre la que ya hemos discutido en el apartado 2.

En conformidad al principio constitucional de ofensividad, el juez deberá acreditar, caso a caso, la idoneidad de la asociación para perseguir el propio programa criminoso. La idoneidad puede entonces ser considerada como un requisito implícito del tipo penal, deducido por vía hermenéutica en base a una interpretación constitucionalmente orientada de la norma.

Es fácil prever – considerada además la reserva de experiencia jurisprudencial hasta ahora acumulada – que los principales problemas aplicativos atañerán a la prueba de la finalidad terrorista, cada vez que los hechos de violencia proyectados por la asociación sean destinados a ser cometidos en el extranjero. De hecho, en tal caso, la parte acusadora tendrá la carga – en conformidad con los principios generales – de probar que la asociación se proponía realizar actos de violencia en los términos previstos en el art. 270 sexies c.p., y no, por ejemplo, meros actos de oposición bélica a una ocupación militar en curso. Esta prueba puede ser en concreto muy difícil de ofrecer, sobre todo a causa de las dificultades de un ministerio público italiano para conducir investigaciones sobre actividades de asociaciones que a menudo operan en territorios lejanos, cuanto más si se trata de contextos ambientales turbulentos (piénsese en el paradigmático caso de Iraq desde el 2003 hasta la fecha).

No me parece, en cambio, que la circunstancia de que los actos de violencia con finalidad de terrorismo deban ser realizados en el extranjero, represente un obstáculo para la aplicación del art. 270 bis c.p. Para los efectos de la jurisdicción italiana es necesario y suficiente que una parte de la conducta (por tanto incluso una actividad organizativa o meramente preparatoria) sea realizada en Italia; y, por otra parte, considero que la finalidad de ejecutar actos de violencia puede también ser sólo mediata, en el sentido que será suficiente la prueba de una actividad de soporte – por parte de la “célula italiana” – a la actividad de otra organización que proyecte actos de violencia con connotación terrorista destinados a ser ejecutados en territorio extranjero; con tal que, obviamente, en dicha hipótesis, los miembros de la “célula” italiana posean la conciencia de la naturaleza terrorista de las conductas que la organización favorecida pretende realizar.

3.3. La “pertenencia” a la asociación

El art. 270 bis c.p. castiga con la pena de cinco a diez años de prisión a quien “participa” en la asociación, y con la pena de siete a quince años a quien promueve, constituye, organiza o financia la asociación, recubriendo así un rol calificado en la misma, o bien contribuyendo a su nacimiento.

Los mayores problemas interpretativos se refieren a la figura del mero “partícipe” en la asociación, hipótesis no ulteriormente desarrollada por la norma.

Conforme a la jurisprudencia que se ha formado a propósito de la asociación de tipo mafioso, “partícipe” es quien es miembro de la asociación según las reglas de reconocimiento características de la propia agrupación criminal. En otras palabras, es “partícipe” quien es reconocido y aceptado como miembro por la misma asociación (la denominada concepción “organizacional” de la participación o pertenencia).¹⁸

¹⁸ A dicha concepción se opone, en doctrina, una concepción denominada “causal”, la que reconoce un partícipe en aquél que da cualquier contribución de tipo *causal* a la propia asociación. Sobre el problema, VIGANÒ, Francesco. “Riflessioni

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

La prueba de la inserción en la asociación en calidad de miembro se obtiene, habitualmente, a través de la acreditación de una o más conductas concretas de implicación en la comisión de los delitos-fin (lo que, por ejemplo, constituye la regla en las asociaciones finalizadas al tráfico de droga), o bien en virtud de la acreditación del cumplimiento de conductas de ejecución del rol asignado por la asociación al sujeto;¹⁹ conductas en sí mismas de naturaleza tanto delictiva (por ejemplo, el forjamiento o la receptación de documentos falsos) como no delictiva (por ejemplo, la recolección o la distribución de fondos, la gestión de la contabilidad, la dirección de los contactos externos del grupo, etc.).

Sin embargo, se planteará un problema delicado en las situaciones en las que la parte acusadora no logre probar la existencia de alguna conducta material del sujeto, diversa y ulterior respecto a su ingreso en la asociación y a su empeño, más o menos solemne, en la ejecución de las órdenes de sus superiores. Una situación semejante podría tener una gran relevancia práctica en el contexto de asociaciones terroristas de matriz islámica: piénsese en el caso, que ya se ha planteado ante la jurisprudencia alemana, de un sujeto – interceptado por la policía – que por teléfono afirme estar preparado para inmolarse como mártir y estar sólo esperando la orden de su superior para cumplir su destino. ¿Podremos ya reconocer una pertenencia punible en semejante caso?

Al respecto, cabe señalar que, desde a lo menos veinte años, la jurisprudencia italiana en materia de asociación mafiosa considera suficiente – para efectos de probar la pertenencia – la prueba de la afiliación formal del imputado a la agrupación, a través de un juramento solemne o, en todo caso, a través de un rito de afiliación previsto por la organización criminal en cuestión. Lo que en tal modo se castiga – afirman los jueces – no es sólo la voluntad del sujeto de cometer crímenes, sino que su efectiva inserción en la agrupación, a través de una manifestación de voluntad recíproca (por parte del iniciado y por parte de la misma asociación). En tal modo – se afirma – el sujeto se vuelve un instrumento a disposición de la asociación, la que refuerza su capacidad agresora de los bienes jurídicos. Un argumento semejante podría ser utilizado también en materia de terrorismo islámico: bajo esta perspectiva, el aspirante a mártir se vuelve un instrumento ofensivo que la asociación podrá accionar a propia voluntad, apenas vislumbre la oportunidad. Respecto a una semejante constelación de hipótesis, consideraría que la aplicación de una medida de prisión preventiva (y, en seguida, de una condena) puede aparecer como una opción sostenible y aceptable desde el punto de vista del Estado de derecho; siempre que, al menos, sea claro que el sujeto no está simplemente expresando un deseo íntimo personal, sino que resulte probado su ingreso en una estructura organizada determinada, bajo cuyas órdenes él se encuentre efectivamente subordinado. Pero es indiscutible – cualquiera que sea la solución adoptada – que hipótesis como ésta marcan el punto máximo de fricción tolerable entre los principios del derecho penal “clásico” y las exigencias de defensa social (que en este caso proclaman fuertemente la necesidad de neutralizar en algún modo al sujeto, antes de que pueda dar curso a su siniestro propósito).

conclusive in tema di ‘diritto penale giurisprudenziale’, ‘partecipazione’ e ‘concorso esterno’”. En: PICOTTI, Lorenzo; FORNASARI, Gabriele; VIGANÒ, Francesco; MELCHIONDA Alessandro (coordinadores). *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all’analisi e alla critica del diritto vivente*. Padova: CEDAM, 2005, p. 307 y ss. (y las ulteriores referencias allí contenidas).

¹⁹ La yuxtaposición entre las dos categorías de conductas emerge con claridad en muchos instrumentos internacionales en materia de criminalidad organizada, a la hora de definir la conducta de “participación”. Cfr., por ejemplo, la letra a) del artículo 2º de la acción común UE 98/733/GAI del 21 de diciembre de 1998, la que obliga a los Estados miembros a prever sanciones penales para quienes participan en las actividades criminales de la organización o bien en las demás actividades de la organización.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

3.4. La colaboración con la asociación o con los asociados individualmente considerados

Fuera de la pertenencia, y de los roles calificados descritos en el art. 270 bis c.p., el derecho penal italiano no conoce un tipo penal general que incrimine la colaboración de un externo con la asociación criminal (terrorista o de cualquier otra naturaleza), sino sólo figuras de asistencia a los partícipes de la asociación, individualmente considerados, a través de la provisión de víveres, alojamiento, medios de transporte o instrumentos de comunicación (así, el art. 270 ter c.p., precisamente en materia de ayuda y asistencia a los miembros de la asociación con finalidad de terrorismo o subversión).

Sin embargo, desde hace a lo menos veinte años, la jurisprudencia en materia de asociación de tipo mafioso utiliza la norma general relativa al concurso de personas en el delito – prevista en el art. 110 c.p.²⁰ – para atribuir relevancia penal a toda conducta, cometida por un sujeto que no pertenece a la asociación, pero siempre que dicha conducta se halle dotada de relevancia causal respecto al mantenimiento en vida y/o al reforzamiento de la asociación misma.

De este modo, la jurisprudencia italiana ha atribuido relevancia penal a conductas ejecutadas por sujetos extraños a la agrupación mafiosa – jueces, abogados, políticos, empresarios –, los cuales, sin embargo, en variados modos han ayudado a la mafia a sobrevivir o a proseguir sin disturbios las propias actividades criminales. Así, por ejemplo, jueces que habían “arreglado” procesos contra exponentes de bandas mafiosas, asegurándoles la absolución han sido imputados – y a veces condenados – por concurso en la asociación mafiosa; igualmente ha ocurrido con políticos que se habían activado personalmente para asignar concesiones a empresarios cercanos a organizaciones mafiosas; etc.

Una técnica de incriminación similar podría también ocupar algún espacio en el enfrentamiento del terrorismo de matriz islámica, específicamente con respecto a la posición de sujetos que, de diversas maneras, cooperen con la actividad de células islámicas empeñadas en actividades terroristas, sin hallarse insertos en las mismas y sin compartir directamente sus fines, pero con la conciencia de estar contribuyendo con la propia conducta a las actividades de las células mismas. Piénsese, por ejemplo, en la actividad de falsificadores expertos, que provean de documentos falsos a las células islámicas, válidos para salir de un país; asimismo, se piense en la actividad de quien – para conseguir su propio lucro – procure armas y explosivos a la asociación terrorista.

4. Los otros tipos penales relevantes

4.1. La incriminación de los delitos-fin de naturaleza específicamente terrorista

Si la incriminación prevista en el art. 270 bis c.p. constituye, según hemos visto, el pilar de la estrategia de control penal del terrorismo de matriz islámica, el ordenamiento italiano conoce, en todo caso, un cierto número de tipos penales adicionales (algunos contemporáneos al código Rocco, otros introducidas sucesivamente de cara a la emergencia representada por el terrorismo interno de matriz política, propio de las décadas del setenta y del ochenta), que completan el auténtico arsenal normativo desplegable contra tal fenómeno criminal.

²⁰ Tal norma, inspirada en el modelo denominado “de tipificación unitaria del concurso de personas”, extiende la misma pena prevista por los tipos particulares de la parte especial a quienquiera que dé una contribución causal para la realización del hecho, sin distinguir entre las figuras de autor, coautor, autor mediato, instigador y cómplice.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Ante todo, deben ser consideradas las incriminaciones relativas a los delitos-fin; es decir, a los delitos objeto del programa criminal de la asociación, los que hasta ahora la praxis judicial italiana ha dejado en la sombra.

Probablemente el delito más característico del programa criminal de toda organización terrorista, es el de estrago, tipificado (sin alguna referencia específica a la eventual finalidad terrorista o de subversión) por el art. 422 c.p., como el hecho de quien, con la intención de causar la muerte, realiza “actos idóneos para poner en peligro la incolumidad pública”. El delito es castigado con la pena de prisión perpetua, si del hecho se deriva la muerte de una o más personas, o con prisión no inferior a quince años, en cualquier otro caso.

Un tipo diverso de estrago (el denominado estrago político) es previsto por el art. 285 c.p., el cual castiga con la pena de prisión perpetua a cualquiera que, con el objeto de atentar contra la seguridad del Estado, ejecuta un hecho “dirigido a provocar la devastación, el saqueo o un estrago en el territorio del Estado o en una parte del mismo”. La norma – que ha sido poco aplicada por una jurisprudencia desorientada en cuanto al alcance efectivo del elemento de intención trascendente requerido por el legislador – podría hallar una razonable aplicación respecto a atentados dirigidos contra los núcleos institucionales (Parlamento, Gobierno, Corte constitucional, etc.), de cuya integridad depende la propia seguridad del Estado²¹ (piénsese al atentado del 11 de septiembre contra el Pentágono).

Existen luego una serie de delitos calificados por la finalidad de terrorismo o de subversión, que se superponen a los tipos penales comunes, recibiendo aplicación en lugar de ellos.

En primer lugar cabe mencionar el art. 280 c.p., tipo que incrimina el hecho de quien, con finalidad de terrorismo o de subversión, atenta contra la vida o la incolumidad de una persona. Las penas van desde la prisión perpetua (cuando del hecho se derive la muerte de la víctima) a la prisión no inferior a seis años (si el atentado se dirige contra la incolumidad física y la víctima no reporta lesiones graves). Como resulta evidente, se trata de un delito de consumación anticipada, en el que – en presencia de la finalidad terrorista o subversiva – la tentativa de homicidio o de lesión es elevada a delito autónomo. Ello implica un notable endurecimiento sancionatorio con respecto a las penas que serían aplicables conforme a la disciplina común.

En seguida, el art. 280 bis c.p. – introducido en el año 2001 en actuación de la Convención internacional contra los atentados cometidos mediante el uso de explosivos – tipifica cualquier otro atentado (distinto, por tanto, a aquellos dirigidos contra la vida o la integridad de las personas, previstos en el artículo precedentemente aludido) cometido con finalidad de terrorismo o de subversión mediante el uso de explosivos u otros artefactos letales. La pena – muy elevada si se considera que el objeto material del atentado son meros objetos – es de prisión de dos a cinco años.

Otro delito característico del modus operandi de las organizaciones terroristas (también de matriz islámica, según demuestra la reciente experiencia iraquí) es el secuestro de persona con finalidad de terrorismo o subversión, previsto por el art. 289 bis c.p. y castigado con la prisión de veinticinco a treinta años (y con la prisión perpetua si los secuestradores dan muerte a la víctima voluntariamente).

²¹ Así, CORBETTA, Stefano. “I delitti contro l’incolumità pubblica”, En: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI Emilio (directores). *Trattato di diritto penale. Parte speciale, vol. 2.* Padova: CEDAM, 2003, p. 101.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

4.2. Las incriminaciones de conductas preparatorias realizadas con finalidad de terrorismo

El articulado sistema de incriminación de las conductas preparatorias relativas a la comisión de delitos-fin de carácter terrorista es, sin embargo, el que resulta más interesante desde un punto de vista comparativo: es el que otorga al derecho penal italiano de la criminalidad organizada uno de sus rostros más característicos (por lo demás disonante respecto a los principios del derecho penal “clásico”).

Como se ha visto, el sistema gira en torno a la incriminación de la asociación terrorista, lo que permite actuar contra las conductas preparatorias más relevantes y peligrosas. Por otra parte, junto al delito asociativo, el ordenamiento italiano conoce una serie de tipificaciones ulteriores, entre las que destaca el art. 302 c.p., el cual – haciendo excepción al principio general dispuesto en el art. 115 c.p. – atribuye relevancia penal autónoma a la instigación a cometer una serie de delitos, cuyas incriminaciones han sido formalmente concebidas a tutela de la “personalidad del Estado” (entre los que se cuentan casi todos los delitos-fin de naturaleza terrorista mencionados en el párrafo precedente), allí donde el hecho objeto de la instigación no haya sido cometido, ni siquiera en forma de tentativa. En seguida, el contiguo art. 304 c.p. atribuye relevancia penal a la mera conspiración criminosa – también aquí haciendo excepción al principio general previsto en el art. 115 c.p. – respecto de los mismos delitos mencionados en el art. 302 c.p. (entre los que también se hallan los delitos terroristas).

Si el delito de instigación previsto en el art. 302 c.p. exige la instigación de un sujeto determinado respecto a una hipótesis de delito precisa (eventualmente de naturaleza terrorista), la diversa forma de incriminación supuesta por el art. 414 c.p. permite, en cambio, castigar la instigación pública a cometer delitos, también cuando los destinatarios no son identificables (la denominada instigación in incertam personam) y, hasta donde se alcanza a ver, también si la instigación es relativamente genérica, aludiéndose sólo al tipo o clase de hechos que los destinatarios del mensaje son invitados a cometer. Por otra parte, la norma en examen extiende la incriminación incluso a la apología pública de delitos, es decir, a las declaraciones públicas tendientes a exaltar, o incluso sólo justificar, la comisión de hipótesis de delito por parte de terceros.

La norma recién mencionada, prevista en el art. 414 c.p., es contemporánea al código Rocco y desde siempre ha sido blanco de las críticas de la doctrina; ella ha puesto en evidencia su tendencial oposición con el principio constitucional de la libre manifestación del pensamiento, recogido en el art. 21 de la Constitución. A pesar de ello, el legislador del año 2005 decidió introducir un nuevo inciso final en el art. 414 c.p. Dicho inciso prevé un consistente aumento de pena para el caso de instigación o apología que tengan como objeto un delito de terrorismo. Se trata de una norma esencialmente concebida para actuar contra los “predicadores del odio” en las mezquitas, que incitan a los fieles a tomar las armas para combatir contra el Occidente.

Normas semejantes – aun si no carentes de correlativo en otros ordenamientos: se piense al recientísimo tipo penal del encouragement of terrorism, introducido por la sección primera del Terrorism Act 2006 británico –, no pueden sino provocar gran malestar en el penalista. En el pasado, la Corte constitucional italiana ha “salvado” la legitimidad constitucional de la incriminación de la apología de delito, imponiendo sin embargo al juez de mérito el deber de valorar caso a caso si la conducta reprochada al imputado fuese concretamente idónea para provocar la comisión de delitos. Muchos comentaristas han captado en esta decisión de la Corte un eco de la jurisprudencia constitucional americana, la que en el clear and present danger reconoce el límite de la libertad de expresión garantizada por la primera enmienda. Sin embargo, es dudoso que este límite esté realmente

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

en condiciones de asegurar una cierta selectividad con respecto a la figura de apología, allí donde sea aplicada al contexto del fundamentalismo islámico: en efecto, para la parte acusadora será siempre fácil demostrar que la manifestación de pensamiento se dirige a un público homogéneo en cuanto a proveniencia étnica y convicciones ideológicas, el que fácilmente podría aceptar la invitación a “tomar las armas”, implícito en la exaltación o justificación del terrorismo. Sin embargo, una posición semejante correría el peligro de activar fenómenos de criminalización a gran escala, desde el momento que la justificación del terrorismo o, en todo caso, de la lucha armada (incluso contra objetivos civiles) es bastante difusa – con los más variados matices – en el mundo del fundamentalismo islámico, ciertamente bien representado también al interior de los países occidentales. A este punto entonces, valdría la pena preguntarse seriamente – pero obviamente el tema excede los límites del presente trabajo – sobre la efectiva conveniencia del uso del aparato penal en este delicadísimo contexto.

El legislador del 2005, por último, introdujo algunas nuevas incriminaciones de actos preparatorios característicos del *modus operandi* de las células islámicas, así como ha sido revelado por las investigaciones judiciales hasta ahora desarrolladas. El nuevo art. 270 quater c.p. sanciona las conductas de reclutamiento de sujetos con finalidades de terrorismo o de subversión. Bajo dicha expresión legislativa debe entenderse, según la opinión más persuasiva, la efectiva inserción de un sujeto en una estructura militar preexistente (por ejemplo, la remisión de un sujeto en un campo de adiestramiento medio oriental²²). Por su parte, el nuevo art. 270 quinquies c.p. sanciona el adiestramiento de un sujeto para el uso de técnicas militares o para la preparación de artefactos explosivos, así como la mera comunicación de instrucciones relativas a las mismas técnicas. De igual modo, la norma castiga también al sujeto adiestrado. Finalmente, el nuevo art. 497 bis c.p. sanciona la posesión o el forjamiento de documentos falsos, válidos para salir del país. Se trata de una hipótesis que la experiencia de las investigaciones ha revelado como una necesidad vital para la actividad ejecutada por los miembros de células islámicas operativas en los países occidentales, los que tienen una necesidad continua de trasladarse de un Estado a otro para poner en práctica sus programas criminales.

Según mi parecer, estas últimas incriminaciones no ponen problema alguno de legitimidad en el marco de un Estado de derecho, en la medida en que se hallan asociadas a conductas que no corresponden al ejercicio de alguna libertad y que, es más, son ciertamente funcionales a actividades prohibidas por el ordenamiento. Las únicas perplejidades se deben a los elevados marcos sancionatorios, los que deberían ser graduados más correctamente, según la efectiva gravedad y distancia de los hechos con respecto al delito-fin (por ejemplo, resulta absurdo equiparar el tratamiento punitivo de quien adiestra una cantidad de “combatientes”, valiéndose para tal objeto de estructuras organizadas, y quien se halla en posesión de un vídeo cassette con instrucciones relativas a la construcción de un rudimentario artefacto explosivo).

4.3. Los otros tipos penales más frecuentemente aplicados en el enfrentamiento del terrorismo islámico

El cuadro así bosquejado no estaría aún completo, si no se tuviera en cuenta la existencia de otros tipos penales, aparentemente relativos a conductas del todo heterogéneas respecto a las encuadrables como terroristas, pero que de hecho desempeñan un rol de primer orden en las investigaciones y en los procesos seguidos contra sujetos sospechosos de desarrollar actividades terroristas.

²² VALSECCHI, Alfio. “Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale sul d.l. 27 luglio 2005 n. 144 recante «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale»”. *Diritto Penale e Processo*. 2005, fasc. 10, p. 1222 – 1230.

VIGANÒ, Francesco. “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana”. *Polít. crim.* n° 3, 2007, A3, p. 1-27. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Me refiero fundamentalmente a las incriminaciones previstas en materia de inmigración clandestina, que a menudo constituyen un punto de partida – junto a los delitos en materia de posesión o receptación de documentos de identidad falsos – para activar investigaciones relativas a presuntos “terroristas” islámicos. El fenómeno no es sólo italiano: John Vervaele nos ha hecho ver hoy en qué medida el derecho de la inmigración, esencialmente administrado por el ejecutivo, desempeña un rol fundamental en la estrategia general de enfrentamiento del terrorismo islámico en los Estados Unidos. En Italia, sin perjuicio de las medidas directamente administradas por el poder ejecutivo – la expulsión administrativa *in primis*, de cuya problemática, asociada al riesgo de tortura a que puede verse expuesto el expulsado, hemos ya hablado –, el tipo penal previsto en el art. 12 del decreto legislativo 286/1998 asume un rol de primer orden. Dicha figura penal castiga a cualquiera que realice actividades dirigidas a favorecer el ingreso de los extranjeros al territorio del Estado, en violación de las disposiciones vigentes. Tal delito es cometido frecuentemente por los presuntos integrantes de células terroristas, los cuales deben movilizar recursos humanos desde un Estado hacia otro, encontrándose así expuestos a la necesidad de violar las normas vigentes en los propios Estados en materia de inmigración.

De este modo, también la normativa en materia de inmigración se vuelve – por una especie de mutación de los fines – un importante instrumento de control de la criminalidad de matriz terrorista.