

TERRORISMO
Y DERECHO PENAL

Grupo Latinoamericano de Estudios
sobre Derecho Penal Internacional

TERRORISMO
Y DERECHO PENAL

Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner
(editores)



© 2015 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (# 49-30) 269 96 453
Fax: (# 49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 90 No. 19C-74, piso 2
Bogotá, Colombia
Tel.: (+ 571) 743 0947
iusla@kas.de
www.kas.de/iusla
Twitter: KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

Editor responsable
Christian Steiner

Coordinación editorial
Juliana Pavía
Nadya Hernández

Corrección de español
María Cristina Dutto

Corrección de portugués
Paulo Baptista

Impreso en Colombia por Unión Gráfica Ltda. en septiembre de 2015

ISBN

Esta publicación se distribuye en forma gratuita, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

PRÓLOGO	9
GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL	13
PRESENTACIÓN	17
GLOSARIO DE SIGLAS	19

I. SECCIÓN INTERNACIONAL

TERRORISMO Y DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

<i>por Kai Ambos y Anina Timmermann</i>	23
---	----

EL TRATAMIENTO DEL TERRORISMO EN LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS Y EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

<i>por Salvador Herencia Carrasco</i>	49
---	----

II. INFORMES NACIONALES

REPRESIÓN Y PREVENCIÓN DEL TERRORISMO EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

<i>por César Alfonso</i>	89
--------------------------------	----

TERRORISMO Y CRÍMENES INTERNACIONALES EN COLOMBIA.

TENSIONES EN TORNO A LA PERSECUCIÓN PENAL NACIONAL DE CRÍMENES INTERNACIONALES

<i>por Alejandro Aponte Cardona</i>	113
---	-----

LA RELACIÓN ENTRE TERRORISMO, CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y VIOLACIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

<i>por Dino Carlos Caro Coria</i>	147
---	-----

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO.

EL PROBLEMA ESPECÍFICO DEL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

<i>por Alfredo Chirino Sánchez</i>	183
--	-----

DELINCUENCIA ORGANIZADA Y TERRORISMO EN MÉXICO <i>por Javier Dondé Matute</i>	217
TUTELA PENAL ANTICIPADA Y NORMATIVA ANTITERRORISMO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO <i>por Emanuela Fronza</i>	243
TERRORISMO Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO EN URUGUAY <i>por Pablo Galain Palermo</i>	277
INFORME SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE TERRORISMO EN EL ECUADOR <i>por Ramiro García Falconí</i>	319
LA EXPANSIÓN DE LOS DELITOS DE TERRORISMO EN ESPAÑA A TRAVÉS DEL DELITO DE PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN TERRORISTA <i>por Alicia Gil Gil</i>	331
EL DELITO DE FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO EN LA ARGENTINA <i>por Nicolás Guzmán</i>	365
EL TERRORISMO COMO DELITO COMÚN <i>por José Luis Guzmán Dalbora</i>	401
EL DELITO DE TERRORISMO EN EL SALVADOR. UN ANÁLISIS DE LA LEY ESPECIAL CONTRA ACTOS DE TERRORISMO <i>por Jaime Edwin Martínez Ventura</i>	439
EL DELITO DE TERRORISMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO <i>por Juan Luis Modolell González</i>	469
ALGUNOS ASPECTOS DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL TERRORISMO A NIVEL INTERNACIONAL Y SU IMPACTO A NIVEL NACIONAL, CON PARTICULAR REFERENCIA AL CASO BOLIVIANO <i>por Elizabeth Santalla Vargas</i>	485
TERRORISMO E O DIREITO BRASILEIRO. UM PROBLEMA DE LEGALIDADE PENAL <i>por Marcos Zilli, Fabíola Girão Monteconrado, Maria Thereza Rocha de Assis Moura (IBCCrim)</i>	521
DECLARACIÓN DEL GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL TERRORISMO DECLARACIÓN DE LIMA.....	555
LOS AUTORES	557

Como negación más radical del orden establecido, por su carácter violento e indiscriminado, el terrorismo cuestiona incluso la convivencia pacífica en Estados de derecho sociales y democráticos que, a pesar de sus imperfecciones, ofrecen todos los instrumentos y mecanismos para que las mejoras y transformaciones se busquen y se logren a través de la vía política y pacífica. El hecho de que la amenaza terrorista internacional parece estar en aumento tiene que ver con una cada vez mayor interdependencia de fenómenos, actuaciones y narrativas en un mundo globalizado, donde las causas de las injusticias observadas en un lugar se rastrean hasta otro lugar lejano.

La vigilancia y la represión resultan necesarias para enfrentar los efectos más inmediatos de tal internacionalización terrorista de conflictos locales. Sin embargo, una solución más sostenible y prometedora debe incluir una revisión de las políticas de intervención, cooperación y comercio internacional, por solo nombrar algunas, con el fin de crear condiciones aptas para estabilizar y pacificar sociedades y Estados fracturados. Por tratarse de una amenaza global es tema central en la agenda de la comunidad internacional y hoy hay decenas de instrumentos supranacionales que abordan esta problemática.

Un aspecto a debatir en la estrategia contra el terrorismo es el tratamiento jurídico-penal, el cual es objeto de estudio de la presente publicación del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional coordinado por Kai Ambos y Ezequiel Malarino. Felicitaciones a todos sus miembros por esta importante obra colectiva.

¿Cómo deben actuar los países frente a este fenómeno? ¿Cuáles son los límites impuestos por los principios del Estado de derecho? ¿Qué conductas pueden tipificarse como actos terroristas? ¿Se trata de un crimen internacional? ¿Qué garantías procesales deben tener los imputados por estos delitos? ¿Cómo proteger derechos fundamentales que pueden verse afectados en la persecución penal del terrorismo? ¿Cuáles han sido las respuestas de las legislaciones? Estos son algunos de los interrogantes que se derivan de una aproximación jurídica al terrorismo y que intenta abordar este libro desde una perspectiva comparada.

Una de las grandes dificultades en esta materia es la falta de consenso sobre una definición. Aunque hay elementos comunes como la afectación de la vida y la integridad física de civiles, la finalidad de generar miedo o la referencia a conductas prohibidas por el derecho internacional son categorías muy amplias que no han traducido en normas claras y precisas como las que demanda la persecución penal en un Estado de derecho. Sumada al hecho de que se trata de una conducta duramente perseguida y castigada por los ordenamientos jurídicos, esta situación puede conllevar una aplicación equívoca e incluso abusiva del poder punitivo del Estado. Las legislaciones nacionales tipifican las más variadas acciones, incluidas actividades preparatorias o de financiación, con el agravante de que en algunos casos se ha llegado al punto de perseguir grupos opositores y voces disidentes ondeando la bandera de lucha contra el terrorismo.

Ante esta situación, termina siendo el juez quien asume toda la carga de ajustar las disposiciones penales a los principios de legalidad, culpabilidad o proporcionalidad; de interpretarlas para proteger el derecho al debido proceso, a la libertad, a la dignidad; de limitarlas para garantizar lo que inspiró la idea misma de los Estados liberales: un Estado con poderes bien definidos y a prueba de abusos de poder.

Es cierto que los actos terroristas son delitos graves, que deben ser perseguidos, pues afectan los cimientos mismos de las democracias modernas y generan una sensación de zozobra que no permite vivir en paz y tranquilidad. Sin embargo, la respuesta del Estado debe darse en el marco de sus principios rectores y con respeto por los derechos humanos, para no sacrificar su propia legitimidad.

Precisamente por eso y como aporte al desarrollo jurídico sobre la materia, esta publicación defiende la idea de que el tratamiento jurídico-penal del terrorismo exige un alto rigor conceptual y una interpretación que garantice que esos

fundamentos del Estado de derecho no se vean amenazados por una lucha frontal contra el terrorismo, no desencadenen una respuesta estatal que termine por afectar lo que trata de defender: los derechos humanos, la democracia, en últimas, los bienes jurídicos fundamentales de una sociedad.

Nuevamente felicitaciones al Grupo por este trabajo.

Christian STEINER y Juliana PAVÍA
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Konrad-Adenauer-Stiftung

GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En el marco de un convenio de cooperación entre el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen (República Federal de Alemania) se estableció el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, que trabaja conjuntamente desde enero de 2002. Con la creación del Centro de Estudios para Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen, el Grupo pasó a formar parte de su estructura.

Actualmente cuenta con miembros de trece países de América Latina —Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Colombia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela— y otros estudiosos de Alemania, España e Italia.

Su objetivo principal es el estudio y análisis del derecho penal internacional, especialmente en el ámbito latinoamericano.

Los miembros se mantienen regularmente en contacto e intercambian información sobre asuntos de relevancia para el derecho penal internacional ocurrido en sus respectivos países.

Hasta el momento, el Grupo de Estudios ha finalizado las investigaciones publicadas en los siguientes volúmenes:

- *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003. Existe una versión reducida en portugués, *Persecução Penal na*

América Latina e España, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), San Pablo: IBCCrim, 2004.

- *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina y España*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007; reimpresso en Bogotá: Temis, 2008 (Ambos y Malarino [eds.]).
- *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008; reimpresso en Bogotá: Temis, 2008 (Ambos y Malarino [eds.]).
- *Justicia de transición en América Latina*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009; reimpresso en Bogotá: Temis, 2010 (Ambos y Malarino [eds.]).
- *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal*, tomo I, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010.
- *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal*, tomo II, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal*, tomo III, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (eds.), Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (eds.), Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

En la reunión de Lima, celebrada entre el 27 y el 29 de octubre de 2014, el Grupo discutió los trabajos que constituyen su undécima obra, que aquí se presenta: *Terrorismo y derecho penal*.

La composición del grupo es actualmente la siguiente:

Coordinación académica:

Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos, juez del Landgericht (Alemania)

Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Argentina)

Coordinación institucional:

Dr. Christian Steiner (Fundación Konrad Adenauer)

Asistente de coordinación institucional:

Juliana Pavía (Fundación Konrad Adenauer)

Referentes latinoamericanos:

Prof. Dr. Alejandro Aponte (Colombia)

Prof. Dr. Carlos Caro Coria (Perú)

Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez (Costa Rica)

Prof. Dr. Pablo Galain Palermo (Uruguay)

Prof. Ramiro García (Ecuador)

Prof. Dr. Dr. h.c. José Luis Guzmán (Chile)

Salvador Herencia (Perú)

César Alfonso Larangueira (Paraguay)

Jaime Martínez Ventura (El Salvador)

Prof. Dr. Juan Luis Modollel (Venezuela)

Fabiola Girão Monteconrado Ghidalevich (Brasil)

Prof. Dr. Javier Dondé (México)

Prof. Dr. Daniel R. Pastor (Argentina)

Prof. Dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil)

Elisabeth Santalla Vargas (Bolivia)

Prof. Dr. Marcos Zilli (Brasil)

Referentes internacionales:

Prof. Dra. Alicia Gil Gil (España)

Prof. Dra. Emanuela Fronza (Italia)

PRESENTACIÓN

El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) es una entidad autónoma del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Göttingen y parte integrante del Departamento para Derecho Penal Extranjero e Internacional. Fue fundado por la resolución del Rectorado de la Universidad de fecha 10 de diciembre de 2013 con base en la decisión del Consejo de la Facultad de Derecho de fecha 6 de noviembre de 2013. Su objetivo es promover la investigación en ciencias penales y criminológicas en América Latina y fomentar, a través de diferentes modalidades de oferta académica, la enseñanza y la capacitación en estas áreas. El Centro está integrado por una dirección, una secretaría ejecutiva y un consejo científico, así como por miembros externos e investigadores adscriptos (más información en <http://cedpal.uni-goettingen.de>).

Una de las actividades principales del Centro es el desarrollo de proyectos de investigación. En este libro presentamos los resultados de la undécima investigación del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (GLEDPI), dedicada al análisis del terrorismo desde una perspectiva jurídico-penal. El libro se ocupa de los siguientes temas: el terrorismo en el derecho interamericano y en el sistema interamericano de derechos humanos; el terrorismo en el derecho internacional consuetudinario; la relación entre terrorismo y crímenes internacionales; el terrorismo como delito común; el terrorismo en el marco de la delincuencia organizada; la expansión de los delitos de terrorismo y el problema de la tutela penal anticipada; el financiamiento del terrorismo; problemas de autoría y participación en los delitos de terrorismo. La mayoría de las contribuciones se enfocan en aspectos de la prevención y la represión de terrorismo en

los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Al final del libro se publica la declaración del GLEDPI sobre el tratamiento jurídico del terrorismo.

Los trabajos que aquí se presentan fueron expuestos y discutidos en el seminario *Terrorismo y derecho penal*, organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, el Centro de Estudios de Derecho Penal y de la Empresa (CEDPE) y el CEDPAL. El seminario se llevó a cabo en la ciudad de Lima, Perú, entre los días 27 y 29 de octubre de 2014.

Deseamos agradecer en este lugar a todos quienes han hecho posible la publicación de esta obra y la realización del seminario de discusión. En primer lugar, al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, por la organización y financiación del encuentro desarrollado en la ciudad de Lima, por la financiación de la presente publicación y por el constante apoyo que desde el año 2002 presta para la consolidación del GLEDPI. Especialmente, agradecemos a su director, Dr. Christian Steiner, y a la asistente de coordinación institucional, Juliana Pavía. En segundo lugar, al CEDPE, por haber colaborado con la organización y financiación del seminario de discusión. En tercer lugar, a Julio Cerdón (Guatemala) y Gabriela Pacheco (Corte Interamericana de Derechos Humanos), por su participación en el seminario. Por último, y especialmente, a quienes con sus trabajos hicieron posible esta publicación: César Alfonso (Paraguay), Kai Ambos (Alemania), Alejandro Aponte (Colombia), Carlos Caro Coria (Perú), Alfredo Chirino (Costa Rica), Marcos Coelho Zilli (Brasil), Javier Dondé (México), Emanuela Fronza (Italia), Pablo Galain Palermo (Uruguay), Ramiro García Falconí (Ecuador), Alicia Gil Gil (España), Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich (Brasil), José Luis Guzmán Dalbora (Chile), Nicolás Guzmán (Argentina), Salvador Herencia (Perú), Jaime Martínez Ventura (El Salvador), Juan Luis Modolell (Venezuela), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil), Elisabeth Santalla Vargas (Bolivia) y Anina Timmermann (Alemania).

Kai AMBOS - Ezequiel MALARINO
Director General - Director Académico
Göttingen-Buenos Aires, agosto de 2015

GLOSARIO DE SIGLAS

AAN	auto de la Audiencia Nacional	CNJ	Conselho Nacional de Justiça
ADIN	ação direta de inconstitucionalidade	Com IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
ADPF	arguição de descumprimento de preceito fundamental	Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>	CP	Código Penal
AN	Audiencia Nacional	CPA	Código Penal alemán
BCU	Banco Central del Uruguay	CPI	Corte Penal Internacional
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos	CPP	Código Procesal Penal
CC	Código Civil	CSJ	Corte Suprema de Justicia
CDJI	Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional	CSSL	Corte Especial para Sierra Leona
CED	Centro Elettronico di Documentazione	CVR	Comisión de la Verdad y Reconciliación
CF	Constituição Federal	DIDH	derecho internacional de los derechos humanos
CG	Convenios de Ginebra de 1949	DIH	derecho internacional humanitario
CIACT	Convención Interamericana contra el Terrorismo	DPI	derecho penal internacional
CICAD	Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas	ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
CICTE	Comité Interamericano contra el Terrorismo	EJIL	European Journal of International Law
CIIDPE	Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico	ELN	Ejército de Liberación Nacional
CMDPDH	Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos	EPP	Ejército del Pueblo Paraguayo
CN	Constitución Nacional	ETA	Euskadi Ta Askatasuna País Vasco y Libertad
CNDH	Comisión Nacional de Derechos Humanos	EUA	Estados Unidos de América
		EWCA	England and Wales Court of Appeal
		FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
		FCR	Federal Court Reports
		FICHL	Forum for International Criminal and Humanitarian Law

FIDH	Federación Internacional de Derechos Humanos	SENAD	Secretaría Nacional Antidrogas (Paraguay)
FMI	Fondo Monetario Internacional	SEPRELAD	Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes
FTC	Fuerzas de Tareas Conjuntas	SEPRINTE	Secretaría de Prevención e Investigación del Terrorismo
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional	SIEDO	Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada
GLEDDPI	Grupo Latinoamericano de Estudios de Derecho Penal Internacional	STC	sentencia del Tribunal Constitucional
GPA	Gestoras Pro Amnistía	STF	Supremo Tribunal Federal
HC	habeas corpus	StGB	Strafgesetzbuch Código Penal alemán
ICJ	International Court of Justice	STJ	Superior Tribunal de Justiça
ICL	International Criminal Law	STS	sentencia del Tribunal Supremo
ILM	International Legal Materials	TC	Tribunal Constitucional
IMAS	International Mine Action Standards	TEL	Tribunal Especial para el Líbano
JCE	joint criminal enterprise	TIAR	Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca
JCI	Juzgado Central de Instrucción	TMI	Tribunal Militar Internacional
<i>JICJ</i>	<i>Journal of International Criminal Justice</i>	TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
JIFE	Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes	TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
JZ	Juristenzeitung	TSJ	Tribunal Supremo de Justicia
KAS	Koordinadora Abertzale Sozialista	UIAF	Unidad de Información y Análisis Financiero
LECAT	Ley Especial contra Actos de Terrorismo	UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
MRTA	Movimiento Revolucionario Túpac Amaru	UNTS	United Nations Treaty Series
OEA	Organización de Estados Americanos	VStGB	Völkerstrafgesetzbuch Código Penal Internacional
OLAP	Observatorio Latinoamericano en Política Criminal y Reformas Penales	<i>ZaöRV</i>	<i>Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht</i>
ONU	Organización de las Naciones Unidas	ZIS	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik</i>
OSL	organizaciones sin fines de lucro	ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>
PA-I	Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra	ZStW	<i>Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft</i>
PA-II	Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra		
PCP-SL	Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso		
PGR	Procuraduría General de la República		
PN	Policía Nacional		
SCJ	Suprema Corte de Justicia		

I.

SECCIÓN INTERNACIONAL

TERRORISMO Y DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO*

Kai Ambos y Anina Timmermann

RESUMEN. El artículo analiza si el terrorismo se ha convertido en un crimen bajo el derecho internacional consuetudinario. Después de una introducción comenzamos la primera sección con una breve revisión de los requisitos respectivos del derecho internacional y con una discusión de las preocupaciones generales respecto a la creación de tipos penales por la costumbre. Luego explicamos las diferentes categorías de los crímenes internacionales (internacionalizados), distinguiendo entre los crímenes nucleares y los crímenes basados en tratados [treaty-based crimes]. En la segunda sección indagamos la relación entre terrorismo y derecho penal internacional y cómo es afectada por la costumbre. El quid de la cuestión radica en si el terrorismo satisface los criterios decisivos de un crimen internacional, haciendo así posible la persecución a escala global de los perpetradores. Sobre la base de distintos tratados internacionales, propondremos una posible definición internacional de terrorismo. Concluiremos, sin embargo, que bajo el actual estado del derecho internacional el terrorismo solo puede ser calificado como un crimen basado en tratados particularmente grave, que está, a lo sumo, a un paso de convertirse en un verdadero crimen internacional, pero que todavía no ha alcanzado ese estatus.

Palabras clave: crímenes internacionales, terrorismo, derecho (penal) internacional, derecho internacional consuetudinario.

* Traducción de "Terrorism and customary international law" (en Ben Saul [ed.]. *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, pp. 20-38) por Guillermo Silva Olivares. El traductor agradece los muy acertados comentarios que a una versión preliminar de este trabajo hiciera la Prof. Dra. Claudia Cárdenas Aravena. Publicación original en el libro homenaje para el Prof. Alfredo Etcheberry. Actualización y revisión bibliográfica por John Zuluaga, LL.M. y doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania).

ABSTRACT. This article analyzes whether terrorism has become a crime in customary international law. After an introduction, the first section is a brief overview of the corresponding requirements in international law and a discussion of the main concerns regarding the creation of offense definitions through custom. We then explain the different categories of international (internationalized) crimes, and distinguish between core crimes and treaty-based crimes. In the second section we delve into the relationship between terrorism and international criminal law and how it is affected by custom. The crux of the matter is whether terrorism meets the essential criteria of an international crime, thus enabling prosecution of the perpetrators at a global level. Based on different international treaties, we propose a possible international definition of terrorism. However, we conclude that under the current state of international law, terrorism can only be classified as an especially serious treaty-based crime which is, at most, a step away from becoming a real international crime, but which has not yet achieved that status.

Keywords: international crimes - terrorism - international (criminal) law - customary international law

ZUSAMMENFASSUNG. Der Artikel geht der Frage nach, ob Terrorismus mittlerweile nach dem internationalen Gewohnheitsrecht ein Verbrechen darstellt. Nach der Einleitung werden im ersten Abschnitt zunächst eine kurze Bestandsaufnahme der verschiedenen Anforderungen des Völkerrechts vorgenommen und die allgemeinen Bedenken gegenüber der Schaffung von gewohnheitsgestützten Straftatbeständen diskutiert. Danach werden die unterschiedlichen Kategorien internationaler (internationalisierter) Verbrechen dargestellt, wobei zwischen Kernverbrechen und vertraglich definierten Verbrechen (treaty-based crimes) unterschieden wird. Der zweite Teil befasst sich mit der Beziehung zwischen Terrorismus und Völkerstrafrecht sowie dem Einfluss der Gewohnheit auf diese Beziehung. Im Kern geht es darum, ob Terrorismus die entscheidenden Kriterien eines internationalen Verbrechens erfüllt, was die weltweite Verfolgung der Täter ermöglichen würde. Auf der Grundlage von verschiedenen internationalen Verträgen wird eine mögliche internationale Definition des Terrorismus vorgeschlagen. Dennoch kommt der Beitrag zu dem Schluss, dass nach dem aktuellen Stand des Völkerrechts Terrorismus lediglich als ein besonders schweres, vertraglich definiertes Verbrechen verstanden werden kann und allenfalls kurz vor seiner Einstufung als internationales Verbrechen steht, diesen Status jedoch noch nicht erreicht hat.

Schlagwörter: Internationale Verbrechen, Terrorismus, internationales (Straf) Recht, internationales Gewohnheitsrecht.

1. Introducción

El presente artículo pretende analizar si el terrorismo se ha convertido en un crimen** bajo el derecho internacional consuetudinario. Comenzaremos con una breve revisión de los requisitos mínimos del derecho internacional consuetudinario en general y sus particularidades en lo concerniente al derecho penal. Se mostrará que existen varias preocupaciones generales respecto a la creación de tipos penales por la costumbre, especialmente debido a la inevitable vaguedad del derecho no escrito y el consiguiente conflicto con el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*). Luego explicaremos las diferentes categorías de los crímenes internacionales (internacionalizados), distinguiendo entre los crímenes nucleares y los crímenes basados en tratados [*treaty-based crimes*]. La segunda sección se enfocará en el crimen de terrorismo. Indagaremos en la relación entre terrorismo y derecho penal internacional y cómo es afectada por la costumbre. Otros aspectos de derecho internacional íntimamente ligados al actual debate sobre el terrorismo, tales como la responsabilidad del Estado, el deber de prevenir el terrorismo, la utilización del territorio estatal por terroristas y la legalidad del uso de la fuerza para combatir el terrorismo, no serán tratados en este trabajo.

El *quid* de la cuestión radica en si el terrorismo satisface los criterios decisivos de un crimen internacional, haciendo así posible la persecución a escala global de los perpetradores, a pesar de su protección por los Estados. Sobre la base de distintos tratados internacionales, propondremos una posible definición de derecho internacional de terrorismo. Concluiremos, sin embargo, que bajo el actual estado del derecho internacional el terrorismo solo puede ser calificado como un crimen basado en tratados particularmente grave, que está, a lo sumo, a un paso de convertirse en un verdadero crimen internacional, pero que todavía no ha alcanzado ese estatus.

** N. del. T.: Si bien se puede observar que, comúnmente, los términos *crime* y *offence* se utilizan de manera indiferenciada, aquí se traducirá sistemáticamente *crime* por *crimen* y *offence* por *delito*.

2. Derecho internacional consuetudinario: requerimientos mínimos

2.1. Observaciones generales

El derecho internacional consuetudinario, junto con el derecho internacional de tratados y los principios generales del derecho, es una de las fuentes principales del derecho internacional.¹ Es definido por el artículo 38.1.*b* del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como una “práctica generalmente aceptada como derecho”.² Por consiguiente, la creación de derecho penal internacional es un procedimiento de dos pasos³ que requiere una práctica general seguida por los Estados⁴ en conformidad con la respectiva *opinio iuris*, esto es, la opinión jurídica de que esta práctica es jurídicamente vinculante [*binding as law*].⁵ La *opinio iuris* puede ser inferida, *inter alia*, de declaraciones oficiales de representantes estatales, de decisiones de tribunales superiores y, dependiendo de su contenido y votación, de resoluciones de (la Asamblea General de) las Naciones Unidas.⁶ Estas últimas pueden ser provechosas y engañosas al mismo tiempo —provechosas, ya que todos los Estados participan en la votación, lo que da a estas resoluciones un peso especial en consideración a su representatividad; engañosas, por cuanto las resoluciones tienden a ser el resultado de compromisos políticos y, en consecuencia, no siempre expresan los verdaderos puntos de vista de los Estados con respecto a las posturas jurídicas por ellos manifestadas.⁷

¹ Véase también Hugh Thirlway, “The sources of international law”, en M. D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 95; Malcolm Shaw, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 7.ª ed., 2014, p. 50.

² Véase también el *locus classicus* judicial *North Sea Continental Shelf (República Federal de Alemania contra Dinamarca)*, ICJ Report, n.º 3, 1969, § 77, p. 44.

³ Antonio Cassese, *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 157; Wolfgang Graf Vitzthum, “Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Völkerrechts”, en ídem (ed.), *Völkerrecht*, Berlín: de Gruyter, 2010, p. 131.

⁴ Véase Tulio Treves, “Customary international law”, en Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (edición en línea), Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 8; Cassese, o. cit. (nota 3), p. 157; Shaw, o. cit. (nota 1), p. 53.

⁵ John H. Currie et al., *International Law*, Toronto: Irwin Law, 2007, p. 130; Cassese, o. cit. (nota 3), pp. 157-158; Shaw, o. cit. (nota 1), p. 53.

⁶ “Sedco Case”, *International Legal Materials*, n.º 25, p. 629, 1986, § 33; “Nicaragua Case”, *International Court of Justice Reports*, n.º 14, 1986, § 88. Véase también Ilas Bantekas y Susan Nash, *International Criminal Law*, Londres: Routledge-Cavendish, 4.ª ed., 2010, p. 5.

⁷ En este sentido, Shaw, o. cit. (nota 1), pp. 53, 56.

Estos dos elementos del derecho consuetudinario no siempre pueden ser distinguidos con precisión.⁸ Por ejemplo, las decisiones y los fallos de los tribunales superiores son una expresión de la *opinio iuris* y de la práctica estatal.⁹ Es más, se ha sostenido a veces que esa práctica estatal es solo evidencia de una *opinio iuris*, pero no un requisito diferente para la creación de derecho consuetudinario.¹⁰

2.2. Particularidades del derecho penal internacional

Atendida la dimensión de derecho penal en el derecho penal internacional (DPI), existen unas cuantas particularidades con respecto a la aplicación del derecho consuetudinario en esta materia. El derecho penal, incluso cuando se ocupa de los crímenes de interés internacional más graves, debe respetar ciertos principios fundamentales basados en el imperio del derecho [*rule of law*] y la idea de la justicia,¹¹ en particular el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*).¹² Por lo tanto, la conducta debe ser el objeto de una prohibición penal escrita (*lex scripta*) al tiempo de su comisión, a ser juzgada con posterioridad (*lex praevia*);¹³ además, los elementos del delito respectivo deben estar definidos clara e inequívocamente (*lex certa*).¹⁴ Parece bastante improbable, incluso

⁸ Thirlway, o. cit. (nota 1), p. 103; Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 3.^a ed., 2014, p. 160.

⁹ Treves, o. cit. (nota 4), pp. 53-59.

¹⁰ Thirlway, o. cit. (nota 1), p. 103.

¹¹ Véase también Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 87-97 (88); Robert Cryer y Elizabeth Wilmshurst, "Introduction: What is international criminal law?", en Robert CRYER et al. (eds.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 3.^a ed., 2014, p. 18.

¹² La expresión Latina fue formulada por Paul J. A. Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen: Heyer, 1832 (traducido y reproducido en inglés en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007), pp. 1005-1008. Véase también, Andrew Ashworth y Jeremy HORDER, *Principles of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 7.^a ed., 2013, p. 56 ("a los ciudadanos se les debe informar el contenido de la ley antes de que pueda ser justo condenarlos por un delito"); también Andrew Simester et al., *Criminal Law*, Oxford: Hart, 2010, p. 21 ("una ley determinada y conocida, y no sujeta a la discreción de los funcionarios estatales (y judiciales)"). La regla de *lex certa* en el derecho de los Estados Unidos está contenida en la *doctrina de la evitación de la vaguedad*, de la Corte Suprema de los Estados Unidos; véase Wayne LaFare, *Criminal Law*, Belmont (EUA): Thomson-West, 5.^a ed., 2010, p. 109 ("La vaguedad desproporcionada de una ley resultará en su declaración de inconstitucionalidad, sea que la incertidumbre recaiga sobre la determinación del círculo de personas que caen dentro del ámbito de aplicación de la norma, sobre la conducta que es prohibida, o la pena que ha de imponerse"; en referencia a "us v Evans" (1948), 333 us, p. 483; 68 S Ct, p. 634, 92 L Ed, p. 823).

¹³ Cryer y Wilmshurst, o. cit. (nota 11), p. 18.

¹⁴ Véase también Antonio Cassese et al., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 27 s.

dejando de lado el requisito de la *lex scripta*,¹⁵ que una regla de derecho internacional consuetudinario pueda reunir estos requisitos, a saber, que pueda establecer una tipificación clara e inequívoca que, además, haya existido al tiempo de la comisión de la conducta.¹⁶ Esto es especialmente cierto para los crímenes internacionales, que son muy complejos, tanto por sus propias características —debido a su compleja fenomenología y tipificación— como debido a la necesidad de integrar los diferentes conceptos jurídicos de diversos Estados. Como consecuencia, al menos en relación con la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y su compromiso con el principio *nullum crimen* en los artículos 22 y 24 de su Estatuto, una regla de derecho consuetudinario no puede generar responsabilidad penal.¹⁷ Los tribunales nacionales, incluso en los sistemas del *common law*, también han sido reticentes a reconocer responsabilidad penal basada únicamente en el derecho internacional consuetudinario.¹⁸

2.3. Delitos internacionales nucleares versus delitos basados en tratados

El derecho penal internacional actual hace una distinción entre meros crímenes basados en tratados y crímenes internacionales/supranacionales *auténticos* o nucleares.¹⁹ Ejemplos de los últimos son fundamentalmente los crímenes de los artículos 5 al 8 del Estatuto de la CPI,²⁰ mientras que los crímenes basados en tratados son esencialmente

¹⁵ Para la diferente perspectiva de la CPI a este respecto, véase Ambos, o. cit. (nota 11), pp. 74 s.

¹⁶ Werle y Jessberger, o. cit. (nota 8), p. 113.

¹⁷ Véase también Ambos, o. cit. (nota 11), pp. 92 s.

¹⁸ Compárese, por ejemplo, el caso del Reino Unido caratulado *R v Jones and others*, England and Wales Court of Appeal (Criminal Division), 1981 (2004), relativo a la agresión, y el caso australiano caratulado *Nulyarimma v Thompson*, Federal Court Reports, n.º 96, 1999, § 153, relativo al genocidio.

¹⁹ Claus Kress, "International Criminal Law", en Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (edición en línea), Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 6-9 (derecho penal internacional transnacional y supranacional *stricto sensu*); Cryer y Wilmschurst, o. cit. (nota 11), pp. 4-5 (crímenes transnacionales e internacionales); Paola Gaeta, "International Criminalization of Prohibited Conduct", en Antonio Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 69 (crímenes internacionales en sentido propio y crímenes basados en tratados); David Luban "Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law", en Samantha Besson y John Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 572 (derecho penal transnacional basado en tratados y derecho penal internacional puro); Marko Milanović, "Is the Rome Statute Binding on Individuals? (And Why We Should Care)", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, p. 28 (con nota al pie 7). Véase también Ambos, o. cit. (nota 11), pp. 54 s.

²⁰ Véase Werle y Jessberger, o. cit. (nota 8), p. 92; Kress, o. cit. (nota 19), p. 15; Cryer y Wilmschurst, o. cit. (nota 11), p. 4; Gaeta, o. cit. (nota 19), pp. 66-68; Cassese et al., o. cit. (nota 14), p. 21, extiende esta lista a la tortura y al terrorismo internacional. Robert Kolb, *Droit international penal*, Basilea y Bruselas: Helbing Lichtenhahn y Bruylant, 2.ª ed., 2012,

crímenes transnacionales, objeto de las así llamadas *convenciones para la represión*, tales como la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,²¹ la Convención Internacional para la Represión de Atentados Terroristas Cometidos con Bombas,²² o las convenciones sobre estupefacientes de las Naciones Unidas.²³

Las convenciones que incluyen crímenes basados en tratados son ellas mismas tratados multilaterales que obligan a los Estados partes a criminalizar la conducta respectiva bajo sus legislaciones penales nacionales. Una falta de cumplimiento de esta obligación solo trae aparejada la responsabilidad del Estado por la violación de una obligación de derecho internacional.²⁴ Por lo tanto, los crímenes basados en tratados no constituyen delitos propiamente tales;²⁵ ellos dependen de la criminalización y persecución en el ámbito nacional. Esto tiene dos consecuencias: primero, cuando un Estado implementa los crímenes respectivos, estos pasan a formar parte del derecho nacional y se debe establecer la jurisdicción,²⁶ que requiere una conexión jurisdiccional con el crimen (por ejemplo, territorialidad, nacionalidad y el principio de protección); segundo, si un Estado parte no implementa un crimen basado en un tratado, esto implica la impunidad por dicho crimen en ese territorio.

En contraste, los crímenes internacionales *stricto sensu* establecen una auténtica responsabilidad penal individual por mor de sí mismos y son, por lo tanto, directamente

pp. 68 s., reconoce, además de los crímenes nucleares de competencia de la CPI, "crímenes internacionales" en razón de su "naturaleza intrínseca", distinguiendo entre crímenes públicos (estatales) y privados (ordinarios); con todo, no proporciona criterios para la delimitación de los crímenes transnacionales.

²¹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada el 10 de diciembre de 1984, UNTS 1465, pp. 85 ss., entrada en vigor el 26 de junio de 1987 (en adelante, Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas).

²² Convención Internacional para la Represión de Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, aprobada el 15 de diciembre de 1997, UNTS 2149, pp. 256 ss., entrada en vigor el 23 de mayo de 2001 (en adelante, Convención contra Ataques Terroristas con Bombas).

²³ Convención Única sobre Estupefacientes, aprobada el 30 de marzo de 1961, UNTS 250, pp. 151 ss., entrada en vigor el 13 de diciembre de 1964; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, aprobada el 20 de diciembre de 1988, UNTS 1582, pp. 95 ss., entrada en vigor el 11 de noviembre de 1990.

²⁴ Neil Boister, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 16-177.

²⁵ Neil Boister, "Transnational Criminal Law?", *European Journal of International Law*, n.º 14, 2003, pp. 962 s. (advierte que, "en sentido estricto, es una impropiedad hablar de un 'crimen' de tratado [*treaty 'crime'*]").

²⁶ Elizabeth Wilmshurst, "Transnational crimes, terrorism and torture", en Robert CRYER et al. (eds.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 3.ª ed., 2014, pp. 330 s.; Werle, o. cit. (nota 8), p. 122.

vinculantes para los individuos. Concordantemente, la diferencia jurídica esencial entre estos tipos de crímenes es que los crímenes basados en tratados solo pueden ser hechos cumplir por los Estados a nivel nacional, mientras que los crímenes internacionales auténticos crean una auténtica —internacional— responsabilidad penal individual (esto es, son vinculantes para los individuos).²⁷ También existe un derecho correlativo a hacer cumplir internacionalmente esas obligaciones por instituciones supranacionales (como la CPI), o por los Estados, con independencia de su criminalización en el ámbito nacional²⁸ y de los factores de conexión jurisdiccionales tradicionales (se reemplazan los criterios de territorialidad, nacionalidad y el principio de protección por la jurisdicción universal *stricto sensu*).²⁹ A veces, la diferente clase de un crimen (si se trata de un crimen verdaderamente internacional o de un crimen basado en un tratado), está claramente expresada por el derecho. Compárese, por ejemplo, el artículo 1 de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio³⁰ (“delito de derecho internacional”) con el artículo 4(1) de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (“Todo Estado Parte [...] delitos conforme a su legislación penal”).³¹

En principio, desde una *perspectiva de derecho internacional público* —dejando de lado las preocupaciones en materia de derecho penal previamente mencionadas—, el

²⁷ Werle y Jessberger, o. cit. (nota 8), 93; Kress, o. cit. (nota 19), 10; Cryer y Wilmshurst, o. cit. (nota 11), p. 7 (con referencia a la cita seminal del fallo del TMI de Núremberg).

²⁸ Véase Werle y Jessberger, o. cit. (nota 8), 29; Kress, o. cit. (nota 19), 10; Gaeta, o. cit. (nota 19), pp. 65, 69-70.

²⁹ Cassese et al., o. cit. (nota 14), pp. 11 s.; Gaeta, o. cit. (nota 19), p. 72. Si la jurisdicción universal en un sentido puro o absoluto —en oposición a una jurisdicción universal subsidiaria o relativa (*in absentia*), que a menudo solo lleva el nombre pero no la esencia de jurisdicción universal— habrá de ser siempre aplicable, esto debe ser así para los auténticos crímenes internacionales; véase, por ejemplo, el § 1 del Código Penal Internacional alemán; para el fundamento teórico, véase Kai Ambos, “Prosecuting Guantánamo in Europe: Can and shall the masterminds of the ‘Torture Memos’ be held criminally responsible on the basis of universal jurisdiction?”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, n.º 42, 2009, pp. 443-448, con ulteriores referencias. La jurisdicción universal absoluta, aunque teóricamente razonable, es, sin embargo, la excepción; normalmente, la “jurisdicción universal” está limitada de varios modos, como el requisito de la presencia; para una panorámica, con base en una investigación a escala mundial de seis volúmenes, véase Helmut Kreicker, “Völkerstrafrecht im Ländervergleich”, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, vol. 7, Berlín: Duncker & Humblot y Max-Planck-Institut, 2006, p. 191.

³⁰ Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio, aprobada el 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951, UNTS 78, pp. 277 ss.

³¹ Texto completo: artículos 2.1 y 4 de la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas: “Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”; “velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal”; “castigará esos delitos”.

derecho internacional consuetudinario puede, o bien establecer directamente crímenes internacionales auténticos, o bien modificar o sentar las bases de crímenes basados en tratados. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM),³² inclusive su tipificación del delito de piratería del artículo 101, es considerada un tratado en el cual simplemente se ha codificado el derecho internacional consuetudinario existente.³³ Es más, un crimen basado en un tratado puede convertirse en un crimen internacional auténtico por medio del derecho internacional consuetudinario. En cualquier caso, se debe ante todo desarrollar los criterios que determinan si un delito se ha convertido en un crimen de derecho internacional. En este contexto, resulta sorprendente que la literatura sobre DPI, fuera de algunas notables excepciones,³⁴ haya dejado en gran medida de analizar y sistematizar estos criterios. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, y en especial los criterios desarrollados por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en la influyente decisión sobre jurisdicción emitida por la Cámara de Apelaciones en el caso *Tadić* (criterios del caso *Tadić*),³⁵ para que se pueda hablar de un crimen de derecho internacional deben reunirse tres condiciones:

1. la prohibición subyacente respectiva (norma primaria) debe ser parte del derecho internacional;³⁶

³² Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, aprobada el 10 de diciembre de 1982, entrada en vigor el 16 de noviembre de 1994, UNTS 1833, pp. 3 ss.

³³ Ivan Shearer, "Piracy", en Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (edición en línea), Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 13; Maggie Gardner, "Foreword: Testing the waters: Assessing international responses to Somali piracy", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012, p. 815.

³⁴ Cassese et al., o. cit. (nota 14), pp. 11 s. (cuatro requisitos); Werle y Jessberger, o. cit. (nota 8), p. 93 (tres requisitos); Terje Einarsen, *The Concept of Universal Crimes in International Law*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, pp. 231-249; M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Nueva York: Transnational Publishers, 2.^a ed., 2013, pp. 142 s. (demasiado amplio, omite la responsabilidad penal). Véase también, implícitamente, Cryer y Wilmshurst, o. cit. (nota 11), pp. 4 s.

³⁵ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Tadić (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) IT-94-1*, (2 de octubre de 1995): i) la violación debe constituir una infracción de una regla de derecho internacional humanitario; ii) la regla debe ser de naturaleza consuetudinaria o, si pertenece al derecho convencional, deben satisfacerse las condiciones requeridas; iii) la violación debe ser "grave", es decir, debe constituir un quebrantamiento de una norma que proteja valores fundamentales, y el quebrantamiento debe ocasionar graves consecuencias a la víctima; iv) la violación de la regla debe suponer, según el derecho internacional consuetudinario o convencional, la responsabilidad penal individual de la persona que la quebranta.

³⁶ Werle y Jessberger, o. cit. (nota 8), p. 93; Cassese et al., o. cit. (nota 14), p. 20 (derecho consuetudinario internacional o disposiciones de los tratados); Einarsen, o. cit. (nota 34), p. 236.

2. el quebrantamiento de esta prohibición debe ser particularmente grave, a saber, debe afectar valores universales importantes,³⁷ y
3. el quebrantamiento por sí mismo debe suponer la responsabilidad penal individual,³⁸ es decir, con independencia de cualquier criminalización en el derecho penal nacional.³⁹

En consecuencia, para que cualquier regla consuetudinaria pueda constituir un crimen internacional *stricto sensu*, se necesita una prohibición de una conducta determinada con una definición consensuada (no ambigua) en el ámbito internacional (primer criterio); el quebrantamiento de esta prohibición debe suponer una violación grave de valores universales y producir una preocupación colectiva entre la comunidad internacional (segundo criterio), y la prohibición debe tener efectos directamente vinculantes sobre los individuos, sin mediación estatal, y su infracción debe poder ser juzgada ya sea por la CPI o, de forma descentralizada, por los Estados, con independencia de conexiones jurisdiccionales específicas (tercer criterio). El requisito de que se pueda perseguirlos universalmente, además de la responsabilidad penal individual, resulta del hecho de que solo el primero permite una persecución penal independiente de los derechos nacionales (y los factores de conexión tradicionales), y esa es la única forma en la cual los Estados pueden expresar sus reales intereses en el reconocimiento de ciertas conductas como crímenes de derecho penal internacional *stricto sensu*. Como se ha dicho, los crímenes nucleares del Estatuto de la CPI son ejemplos de crímenes que satisfacen completamente estos tres criterios.⁴⁰

³⁷ Cassese et al., o. cit. (nota 14), p. 20, requisito n.º 2; Bassiouni, o. cit. (nota 34), pp. 142 s. (especialmente paz y seguridad); Werle y Jessberger, o. cit. (nota 8), pp. 97-101; Kress, o. cit. (nota 19), pp. 10-11; Cryer y Wilmshurst, o. cit. (nota 11), pp. 6-7; Wilmshurst, o. cit. (nota 26), p. 330; Gaeta, o. cit. (nota 19), p. 66; Einarsen, o. cit. (nota 34).

³⁸ Werle y Jessberger, o. cit. (nota 8), p. 93; Kress, o. cit. (nota 19), p. 10; Cryer y Wilmshurst, o. cit. (nota 11), p. 7.

³⁹ Cassese et al., o. cit. (nota 14), p. 20; Werle y Jessberger, o. cit. (nota 8); Kress, o. cit. (nota 19); Gaeta, o. cit. (nota 19), pp. 69 s.; Einarsen, o. cit. (nota 34), p. 236.

⁴⁰ Véase *supra*, nota 20.

3. ¿El terrorismo como un delito bajo el derecho internacional consuetudinario?

3.1. Declaración afirmativa de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano

La Cámara de Apelaciones (en adelante, la Cámara) del Tribunal Especial para el Líbano (TEL) tuvo que enfrentarse a la siguiente cuestión en el procedimiento concerniente al asesinato del ex primer ministro libanés Rafik Hariri:⁴¹ ¿hay una definición internacional de *terrorismo*?, y si la hubiera ¿cómo debe ser aplicada? En su decisión de 16 de febrero de 2011,⁴² la Cámara sostuvo que una serie de tratados, resoluciones de las Naciones Unidas y la práctica judicial y legislativa de los Estados⁴³ indican que ha surgido una *regla consuetudinaria* de derecho internacional sobre el crimen de terrorismo.⁴⁴ Existe una “práctica asentada respecto al castigo de actos de terrorismo” y “esta práctica es evidencia de una creencia de los Estados de que la punición del terrorismo responde a una necesidad social (*opinio necessitatis*) y que es, por consiguiente, hecha obligatoria por la existencia de una regla que así lo exige (*opinio juris*)”.⁴⁵ La regla existente impone tres obligaciones sobre los actores estatales y no estatales, y les confiere un derecho:

1. la obligación de abstenerse de realizar actos de terrorismo;
2. la obligación de prevenir y reprimir el terrorismo, particularmente de perseguir y juzgar a sus supuestos autores, y

⁴¹ La pregunta fue formulada por el juez de investigaciones preliminares de conformidad con la regla 68(G) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TEL, STL/BD/2009/01/Rev. 6, que le confiere la posibilidad de aclarar cuestiones fundamentales por medio de un procedimiento interlocutorio que involucra a la Cámara de Apelaciones; cf. TEL, *Order on Preliminary Questions Addressed to the Judges of the Appeals Chamber Pursuant to Rule 68, Paragraph (G) of the Rules of Procedure and Evidence*, STL-11-01/I/AC/R176bis, 21 de enero de 2011.

⁴² *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, STL-11-01/I/AC/R176bis, 16 de febrero de 2011, (“Decision”). Para un análisis, véase Kai Ambos, “Judicial creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is there a crime of terrorism under international law?”, *Leiden Journal of International Law*, n.º 24, 2011, pp. 655 ss. El presente artículo se basa en ese trabajo (N. del T.: aquí se tuvo en cuenta la traducción de ese artículo, del prof. Dr. Ezequiel Malarino, “Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿Es el terrorismo un crimen internacional?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 3, n.º 7, 2012).

⁴³ “Decision” (nota 42), § 88-89 (instrumentos internacionales y multilaterales), § 92 (Resoluciones del Consejo Nacional, también 110), § 93-7 (legislación nacional), § 99-100 (jurisprudencia nacional).

⁴⁴ *Ibidem*, § 85, 102.

⁴⁵ *Ibidem*, § 102.

3. el derecho de perseguir y reprimir el crimen de terrorismo cometido en su territorio por nacionales y extranjeros, y la obligación correlativa de terceros Estados de abstenerse de objetar tal persecución y represión en contra de sus nacionales.⁴⁶

En cuanto a la definición de *terrorismo*, la regla establece tres elementos:

- a. la comisión o amenaza de un acto criminal;
- b. la intención de infundir miedo entre la población o compeler a una autoridad nacional o internacional a tomar alguna medida o abstenerse de tomarla, y
- c. un elemento transnacional como parte del acto.⁴⁷

Con esta definición, la Cámara rechaza el punto de vista hasta ahora dominante en la literatura académica,⁴⁸ incluido el de uno de los presentes autores,⁴⁹ de que no hay una definición universalmente aceptada de *terrorismo*.

Si bien es difícil discrepar con la Cámara en cuanto a la regla consuetudinaria (primaria) que prohíbe el terrorismo y a las consiguientes obligaciones de los Estados de su prevención y represión,⁵⁰ una cuestión diferente es inferir de esta prohibición, sin más, la existencia de una regla *secundaria* en la forma de un crimen internacional de terrorismo. En efecto, la misma Cámara reconoce que una prohibición consuetudinaria no se convierte automáticamente en un delito internacional.⁵¹ Mediante el recurso a los criterios del caso *Tadić*,⁵² la Cámara sostiene que “la responsabilidad penal individual a nivel internacional” presupone la “responsabilidad penal individual” del autor.⁵³ Esto, o bien se aproxima a una *petitio principii*, desde que identifica lo que ha de ser probado

⁴⁶ Ibídem.

⁴⁷ Ibídem, § 85, 111.

⁴⁸ Para las referencias, véase ibídem, § 83, con nota 127. Véase también Wilmshurst, o. cit. (nota 26), pp. 336-343; Eric David, *Éléments de Droit Pénal International et Européen*, Bruselas: Bruylant, 2009, pp. 1100 s. Véase también Cassese et al., o. cit. (nota 14), pp. 146-158 (en especial pp. 148-149).

⁴⁹ Kai Ambos, “Amicus Curiae brief on the question of the applicable terrorism offence in the proceedings before the Special Tribunal for Lebanon, with a particular focus on a ‘special’ special intent and/or a special motive as additional subjective requirements”, STL-11-01//AC/R176bis, 11 de febrero de 2011, 7; reimpresso en *Criminal Law Forum*, n.º 22, 2011, pp. 389 ss.

⁵⁰ El derecho a perseguir el terrorismo existe en cualquier caso sobre la base del principio de territorialidad, y la Cámara se quedó corta al no imponer obligaciones más amplias a los Estados, tales como la de cooperar en la lucha contra el terrorismo. La Cámara considera que esta obligación no forma aún parte de la regla, pero se encuentra “plausiblemente en nacimiento” (“Decision” [nota 42], § 102 *in fine*).

⁵¹ “Decision” (nota 42), § 103.

⁵² “Tadić Jurisdictional Decision” (nota 35), en *casu* § 94 s.

⁵³ “Decision” (nota 42), § 103.

(“responsabilidad penal individual”) con la misma conclusión (“responsabilidad penal individual a nivel internacional”),⁵⁴ o bien el argumento carece de sentido porque el supuesto a probar y la conclusión no pueden ser idénticos. Lo que la Cámara parece querer decir en realidad, o debería hacer dicho, es que los criterios del caso *Tadić*, *propuestos para asimilar las violaciones al derecho internacional humanitario* en conflictos armados internacionales con las violaciones al derecho internacional humanitario en conflictos armados no internacionales, por la vía de criminalizar estas últimas, deberían ser aplicados con vistas a examinar si la prohibición del terrorismo en efecto se ha convertido en un crimen internacional.

Desafortunadamente, la Cámara no sigue este camino metodológicamente más razonable, sino que salta directamente a los criterios para determinar la existencia de esa criminalización: la intención de criminalizar el quebrantamiento de la regla debe ser probada por medio de declaraciones de funcionarios gubernamentales y por medio del castigo de tales violaciones por tribunales nacionales.⁵⁵ La Cámara pretende audazmente demostrar esta evidencia en un párrafo,⁵⁶ apuntando a la extendida criminalización doméstica del terrorismo, lo que, de manera similar a los casos de crímenes de guerra, constituye la base para la (subsiguiente) internacionalización del delito. Para la Cámara, esta tendencia fue en efecto “fortalecida a través de la aprobación de resoluciones enfáticas de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas condenando el terrorismo, y de la conclusión de una gran cantidad de tratados internacionales”.⁵⁷ La Cámara pone un énfasis particular en el hecho de que el Consejo de Seguridad haya caracterizado al terrorismo, a diferencia de otros delitos transnacionales (por ejemplo, el blanqueo de capitales y el tráfico de drogas), como una “amenaza para la paz y la seguridad”.⁵⁸ Este trato especial al terrorismo y su “gravedad percibida” [*perceived seriousness*], concluye la Cámara, “confirma” que “es un crimen internacional clasificado

⁵⁴ El argumento solo se acerca, pero no llega a constituir una *petitio principii* (razonamiento circular), porque no asume como verdadero lo que debe ser probado (sobre esta falacia, véase R. J. Aldisert, *Logic for Lawyers: A Guide to Clear Legal Thinking*, Boulder (EUA): National Institute for Trial Advocacy, 1997, pp. 27, 208; Jan Joerden, *Logik im Recht*, Berlín y Heidelberg: Springer, 2005, pp. 334 s.

⁵⁵ “Decision” (nota 42), § 103., en referencia a “Tadić Jurisdictional Decision” (nota 35), § 128-137, en nota al pie 203.

⁵⁶ *Ibidem*, § 104.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*, véase también el § 110.

como tal por el derecho internacional, incluido el derecho internacional consuetudinario, y que también supone la responsabilidad penal de individuos”.⁵⁹

En consecuencia, la regla consuetudinaria identificada por la Cámara tiene no solo una dimensión colectiva (dirigida a Estados y entidades similares a Estados), sino también una individual, al imponer sobre individuos la “obligación estricta” de abstenerse de realizar actos de terrorismo sumado al derecho correlativo de cada Estado de “hacer cumplir tales obligaciones en el ámbito nacional”.⁶⁰ La única limitación de esta osada regla consiste, según la Cámara, en su aplicación en tiempos de paz, dado que su extensión a conflictos armados se encuentra *in statu nascendi* (todavía en construcción).⁶¹

3.2. Resoluciones de las Naciones Unidas

Como se ha sostenido más arriba, y ha sido confirmado por la Cámara, las resoluciones de las Naciones Unidas pueden servir como prueba de una *opinio iuris* común. En cuanto al terrorismo, resultan de particular importancia a este respecto la Declaración de Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional, de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1994,⁶² y la Declaración Complementaria, de 17 de diciembre de 1996.⁶³

Ambas declaraciones definen el terrorismo como “[a] actos criminales [b] concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas, [c] con fines políticos”. Esta definición de terrorismo difiere parcialmente de la sugerida por la Cámara. Mientras que el *actus reus* (la comisión de cualquier delito) es igualmente amplio, la *mens rea* difiere en que, por un lado, la Declaración no establece la intención especial alternativa de compeler a una entidad a hacer o a abstenerse de hacer algo; por otro lado, la Cámara no exige que el acto terrorista tenga un fin político.⁶⁴

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*, § 105.

⁶¹ *Ibidem*, § 107-110, 109.

⁶² Declaración de Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional, anexo a la resolución 49/60 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (9 de diciembre de 1994).

⁶³ Declaración Complementaria de la Declaración de 1994 sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional de 1994, anexo a la resolución 51/210 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (17 de diciembre de 1996).

⁶⁴ Para una explicación de los motivos en el derecho penal, véase Ambos, “Amicus Curiae...”, o. cit. (nota 49).

En lo que respecta a nuestro segundo criterio de un crimen supranacional, las declaraciones enfatizan que el terrorismo amenaza los ideales y principios de las Naciones Unidas, es decir, valores internacionales fundamentales.

En cuanto al tercer criterio, la Declaración de 1994 se centra predominantemente en la cooperación entre Estados con respecto al intercambio de información sobre actividades terroristas y a la implementación de leyes internacionales de relevancia en las legislaciones nacionales,⁶⁵ mientras que la Declaración de 1996 sugiere el principio *aut dedere aut iudicare* (extraditar o juzgar).⁶⁶ Consecuentemente, podría haber una tendencia a ampliar los derechos de los Estados de perseguir actos terroristas y un interés en alza en una legislación penal transnacional eficaz contra el terrorismo. Con todo, la Declaración de 1996 confirma el principio de soberanía territorial,⁶⁷ con lo que deja en claro que una jurisdicción y una persecución internacionales, con independencia de cualquier conexión territorial, no están previstas.

3.3. El Proyecto de Convenio General de las Naciones Unidas como un reflejo del estado actual de una *opinio iuris* común

La prohibición del terrorismo o de actos terroristas específicos ha sido el objeto de preocupación de diversos tratados desde 1963.⁶⁸ Estas convenciones se ocupan, entre otras cosas, de actos a bordo de aeronaves o de buques, en plataformas fijas o en aeropuertos, y gozan de un amplio apoyo entre la comunidad internacional.⁶⁹ Si bien estos actos, tan específicos como son, no constituyen derecho consuetudinario como tal sino

⁶⁵ Declaración de Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional, anexo a la resolución 49/60 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (9 de diciembre de 1994), pp. 6-8.

⁶⁶ Declaración Complementaria de la Declaración de 1994 sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional de 1994, anexo a la resolución 51/210 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (17 de diciembre de 1996), p. 5.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁶⁸ La lista de tratados internacionales contra el terrorismo está disponible en: *United Nations Action to Counter Terrorism: International Legal Instruments*, <www.un.org/en/terrorism/instruments.shtml>.

⁶⁹ Compárese, a modo de ejemplo, el estatus de ratificación de las siguientes convenciones: Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, aprobada el 17 de diciembre de 1979, entrada en vigor el 3 de junio de 1983, UNTS 1316, pp. 205 ss. (170 Estados partes); Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, aprobada el 14 de diciembre de 1973, entrada en vigor el 20 de febrero de 1977, UNTS 1035, pp. 168 ss. (176 Estados partes); Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas (165 Estados partes); Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado el 9 de diciembre de 1999, entrada en vigor el 10 de abril de 2002, UNTS 2178, pp. 197 ss. (182 Estados partes) —cada uno a contar del 17 de julio de 2013—. Véase UN

que solo forman parte del régimen de un tratado internacional,⁷⁰ todas las convenciones tienen una estructura similar con elementos comunes. Los elementos en común de estas convenciones son los siguientes. En primer lugar, las víctimas de los delitos respectivos son seleccionadas al azar y arbitrariamente, y en casos de homicidios selectivos de, por ejemplo, diplomáticos, también resultan usualmente heridos transeúntes inocentes, o al menos estos son puestos en peligro —ellos “simplemente se encontraban en el lugar equivocado, en el momento equivocado”—.⁷¹ Por lo tanto, en definitiva, las víctimas son despersonalizadas (el componente individual). En segundo lugar, el enfoque internacional/universal en la regulación de la violencia terrorista muestra que los delitos respectivos son considerados de interés internacional e implican una amenaza para la paz y la seguridad de la humanidad (el componente colectivo-internacional). Podría decirse que estos elementos comunes, tomados en conjunto, son demostrativos de una suerte de costumbre respecto al crimen de terrorismo.

El presente consenso internacional respecto de la definición general del crimen de terrorismo puede ser inferido de la actual versión del Proyecto de Convenio General contra el Terrorismo Internacional de las Naciones Unidas,⁷² que está siendo redactado desde el año 2000 por un Comité Ad Hoc de la Organización.⁷³ De acuerdo a él, el

Treaty Collection, *Text and Status of the United Nations Conventions on Terrorism*, 2013, <http://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path5DB/studies/page2_en.xml&menu5MTDSG>.

⁷⁰ Por ejemplo, el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, aprobado el 16 de diciembre de 1970, UNTS 860, pp. 105 ss. (entrada en vigor el 14 de octubre de 1971) (en adelante, Convención de la Haya), artículo 1(a) (apoderamiento de aeronave mediante violencia); Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, aprobado el 10 de marzo de 1988, UNTS 1678, pp. 304 ss. (entrada en vigor el 1 de marzo de 1992), artículo 2 (1)(a) (apoderamiento de una plataforma fija mediante violencia); Convenio para la Marcación de Explosivos Plásticos con Fines de Detección, aprobada el 1 de marzo de 1991, UNTS 2122, pp. 359 ss. (entrada en vigor el 21 de junio de 1998), artículo 2 (fabricación de explosivos sin marcar). Cf. US District Court, D.D.C., *US v Yunis*, F.Supp. 681, pp. 896 ss. (12 de febrero de 1988) (relativo a secuestros de aeronaves).

⁷¹ Compárense las observaciones introductorias del sitio web de las Naciones Unidas, *UN Action to Counter Terrorism* <www.un.org/terrorism/index.shtml>.

⁷² Contenido en el Anexo I del *Report of the Working Group on Measures to Eliminate International Terrorism*, UN Doc A/C.6/65/L.10, 3 de noviembre de 2010 (en adelante, Proyecto de Convenio General). Formalmente, el Comité trabaja sobre la base de que nada es acordado hasta que todo es acordado. Si bien esto debería impedir la asunción prematura de cualquier definición, las partes del proyecto de Convenio General que se acordaron con facilidad indican un consenso existente entre los Estados, mientras que los aspectos controversiales muestran los límites del consenso y, por lo tanto, los posibles límites de una *opinio iuris* común.

⁷³ El Comité ha sido establecido por la Asamblea General por la resolución 51/210 (17 de diciembre de 1996), p. 9. El Comité está abierto a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, a los miembros de agencias especializadas y de la Agencia Internacional de Energía Atómica.

actus reus del terrorismo contiene la causación ilegítima de: a) la muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; b) daños graves a bienes públicos o privados, o c) daño a la propiedad pública o privada, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico. Con respecto a la *mens rea*, la conducta terrorista debe ser cometida: a) intencionalmente, y con b) el propósito especial dirigido a b1) intimidar a la población o b2) compeler a un gobierno o una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo.⁷⁴ Antes de la comisión efectiva del crimen, la tentativa⁷⁵ y la amenaza⁷⁶ de un acto terrorista son declaradas punibles. Finalmente, el Proyecto de Convenio General contra el Terrorismo solo incluye delitos transnacionales, pero no a aquellos que se limitan a un Estado.⁷⁷

El Proyecto también muestra los límites aún existentes del consenso internacional. Hasta el momento, no ha sido posible llegar a un acuerdo sobre su ámbito de aplicación.⁷⁸ Por ejemplo, es objeto de controversia si los actos de fuerzas armadas cometidos durante conflictos armados pueden llegar a constituir delitos terroristas; en otras palabras, la relación entre la legislación contra el terrorismo y el derecho humanitario internacional no es clara. Por otra parte, no hay consenso con respecto a los actos de fuerzas armadas gubernamentales en tiempos de paz; especialmente en casos de “terror estatal” (por ejemplo, en el conflicto Sirio desde el año 2011).⁷⁹ Es también problemáti-

⁷⁴ Proyecto de Convenio General, artículo 2:

“1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionalmente y por cualquier medio cause:

“(a) La muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o

“(b) Daños graves a bienes públicos o privados, incluidos lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructura o el medio ambiente; o

“(c) Daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes a que se hace referencia en el apartado precedente, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico; en caso de que el *propósito* de tal acto sea, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo” (cursivas agregadas).

⁷⁵ Proyecto de Convenio General, artículo 2.3: “También será punible la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo”.

⁷⁶ Proyecto de Convenio General, artículo 2.2: “También constituirá delito la amenaza creíble y seria de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo”.

⁷⁷ Proyecto de Convenio General, artículo 4: “El presente Convenio no será aplicable cuando el delito se haya cometido en un solo Estado, el presunto delincuente y las víctimas sean nacionales de ese Estado, el presunto delincuente se encuentre en el territorio de ese Estado y ningún otro Estado esté facultado para ejercer jurisdicción”.

⁷⁸ En lo relativo a la falta de consenso, véase también Mark Zöller, *Terrorismustrafrecht*, Heidelberg: C. F. Müller, 2009, p. 152.

⁷⁹ Sin embargo, siguiendo las recomendaciones del Comité Ad Hoc de Naciones Unidas, 1) no quedarán comprendidos las actuaciones bajo el derecho internacional humanitario; 2) no se verán afectados los objetivos y principios de

co a este respecto el tratamiento de los movimientos de liberación.⁸⁰ Algunos miembros del Comité Ad Hoc consideran las luchas por la libertad como un ejercicio legítimo del derecho de autodeterminación, mientras que otros miembros las consideran como la peor forma de terrorismo.⁸¹

Además de la definición de terrorismo, también se desprende del preámbulo del Proyecto de Convenio General que los actos terroristas son considerados “una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, ponen en peligro las relaciones de amistad entre los Estados, obstaculizan la cooperación internacional y apuntan a socavar los derechos humanos, las libertades fundamentales y las bases democráticas de la sociedad”. Por lo tanto, el segundo criterio de constituir una amenaza a importantes valores internacionales se encuentra indudablemente satisfecho.

También se satisface el tercer criterio en la medida en que se refiere a la responsabilidad penal individual —el Proyecto de Convenio General establece la criminalización de la autoría individual, de la participación,⁸² así como de la organización y la dirección de otros para realizar el delito—. ⁸³ Con todo, no establece la jurisdicción universal. Muy por el contrario, solo enumera los factores de conexión tradicionales de la jurisdicción prescriptiva,⁸⁴ y aun excluye explícitamente la jurisdicción extraterritorial [*extraterritorial enforcement jurisdiction*].⁸⁵ Solo se propone el principio *aut dedere aut iudicare*.⁸⁶ Esto corresponde a la situación bajo las convenciones específicas de represión.⁸⁷ Si bien la persecución subsidiaria [*subsidiary prosecution*] por parte de

la Carta de las Naciones Unidas, y 3) no quedarán comprendidos los actos cometidos por fuerzas gubernamentales, si estos están sujetos a otras reglas (en especial nacionales; por ejemplo, *Report of the Working Group on Measures to Eliminate International Terrorism*, UN Doc A/C.6/65/L.10, 3 de noviembre de 2010, pp. 16-19.

⁸⁰ *Report of the Ad Hoc Committee Established by General Assembly Resolution 51/210 of 17 December 1996*, UN Doc A/66/37 (11-15 de abril de 2011), p. 7.

⁸¹ Véase también *Report of the Ad Hoc Committee Established by General Assembly Resolution 51/210 of 17 December 1996*, UN Doc A/65/37 (12-16 de abril de 2010), así como *ibidem*, en cada caso, 5.3.

⁸² Proyecto de Convenio General, artículo 2.4.a: “También comete delito quien: a) Participe como cómplice en cualquiera de los delitos enunciados en los párrafos 1, 2 ó 3 del presente artículo”.

⁸³ Proyecto de Convenio General, artículo 2.4.b: “Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión de uno de los delitos indicados en los párrafos 1, 2 o 3 del presente artículo”.

⁸⁴ Proyecto de Convenio General, artículo 7, factores de conexión jurisdiccionales obligatorios: territorialidad, principio de bandera o pabellón, nacionalidad; facultativo: principio de protección.

⁸⁵ Proyecto de Convenio General, artículo 22: “Nada de lo dispuesto en el presente Convenio facultará a un Estado Parte para ejercer su jurisdicción en el territorio de otro Estado Parte [...]”.

⁸⁶ Proyecto de Convenio General, artículos 7.4 y 14.1.

⁸⁷ Véase también el Convenio de la Haya, artículo 4.2; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, artículo 6.4; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la

un Estado que no tiene jurisdicción sobre el crimen, sobre la base de cualquier factor de conexión jurisdiccional tradicional —en nombre del Estado competente (el cual cuenta con un vínculo jurisdiccional, pero no persigue penalmente a los perpetradores)—, bajo el principio *aut dedere aut iudicare* se acerca a la jurisdicción universal, todavía hay una diferencia cualitativa entre los dos —el principio *aut dedere* requiere la presencia y la aprehensión del perpetrador en el Estado donde tendrá lugar la persecución penal—. ⁸⁸ En cualquier caso, el Proyecto de Convenio General hace hincapié en la soberanía territorial y en el principio de no intervención. ⁸⁹ Esto muestra que no existe actualmente una intención o, en cualquier caso, una *opinio iuris* general de hacer el terrorismo universalmente perseguible.

4. Conclusión

A la luz de las fuentes revisadas en este trabajo, el consenso actual respecto de la definición de terrorismo es el siguiente: el terrorismo exige la comisión de cualquier acto delictivo que cause la muerte o lesiones corporales a cualquier persona, o un daño severo a la propiedad pública o privada. Es difícil imaginar que fuera de esta calificación un acto criminal constituya o forme parte del terrorismo. Por supuesto, los elementos del tipo delictivo —tan vagos y ambiguos como “cualquier acto criminal” (¿criminal/antijurídico bajo qué legislación?), “infundir miedo” y “fin político”— son difíciles de conciliar con la exigencia de *lex certa* del derecho consuetudinario internacional. En el aspecto subjetivo, se exige una intención general y, adicionalmente, una intención específica, dirigida a infundir miedo, a intimidar a la población o a compeler a una entidad a ejecutar o abstenerse de ejecutar cualquier acto. Si bien la exigencia del fin político no es incluida en el Proyecto de Convenio General, parece dar mejor cuenta de la compleja fenomenología del terrorismo y ayuda a restringir la de otro modo amplia definición de

Aviación Civil, aprobado el 23 de septiembre de 1971, UNTS 974, pp. 177 ss. (entrada en vigor el 26 de enero de 1973), artículo 5(2); Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, aprobado el 10 de marzo de 1988, entrada en vigor el 1 de marzo de 1992), UNTS 1678, pp. 221 ss., artículo 6.4.

⁸⁸ Helmut Satzger, *International and European Criminal Law*, Múnich, Oxford y Baden-Baden: Beck, Hart y Nomos, 2012, § 3 nm. 94; Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*, Múnich: Beck, 4.ª ed., 2014.

⁸⁹ Proyecto de Convenio General, artículo 21: “Los Estados Partes cumplirán las obligaciones que les incumben [...] de manera compatible con los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial de los Estados y la no intervención [...]”.

terrorismo.⁹⁰ Por otra parte, no debe pasarse por alto que la clasificación de un fin como político o como privado ha probado ser problemática en otros contextos.⁹¹ De cualquier forma, esta definición parece estar establecida y aceptada como una *opinio iuris* común para tiempos de paz. Por tanto, el *primer criterio* de una definición internacional consensuada se ve satisfecho.

El *segundo criterio* se encuentra sin duda satisfecho —el terrorismo es unánimemente aceptado como una amenaza para importantes valores universales—. El *tercer criterio*, ciertamente el crucial, merece un examen más detenido. La Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano reconoce que la internacionalización de un delito nacional requiere que “los Estados y las organizaciones intergubernamentales, a través de sus actos y pronunciamientos, aprueben esta actitud expresando claramente el parecer de que la comunidad mundial considera el delito en cuestión como constitutivo de un crimen internacional”.⁹² En otras palabras, se requiere una declaración clara en cuanto a la criminalización internacional del delito en cuestión. No obstante, esa declaración clara falta con respecto al terrorismo. En efecto, el hecho de que el terrorismo —a pesar de su relevancia internacional indiscutida— no esté incluido dentro de los crímenes nucleares del Estatuto de la CPI, aun habiendo sido discutido en las negociaciones e incluidos en los proyectos de códigos,⁹³ y que hasta ahora no haya sido posible adoptar un convenio general sobre el terrorismo,⁹⁴ prueba más bien lo contrario, a saber, que el terrorismo no es (aún) reconocido como un crimen internacional por derecho propio.⁹⁵ La Cámara

⁹⁰ Manuel Cancio Meliá, “Terrorism and Criminal Law: The Dream of Prevention, the Nightmare of the Rule of Law”, *New Criminal Law Review*, n.º 14, 2011, pp. 118 s.; véase también Zöller, o. cit. (nota 78), p. 146.

⁹¹ La piratería exige que el autor persiga objetivos o fines privados, lo que es a menudo considerado como el aspecto distintivo entre la piratería y el terrorismo; compárese Doris König et al.: “Piraterie und maritimer Terrorismus als Herausforderungen für die Seesicherheit: Objektive Rechtsunsicherheit im Völker-, Europa- und deutschem Recht”, *PiraT- Arbeitspapiere zur Maritimen Sicherheit*, vol. 7, 2011, p. 23; Douglas Guilfoyle, “Treaty Jurisdiction over Pirates”, *3rd Meeting of Working Group 2 on Legal Issues*, 2009, p. 3, nm. 11. Sin embargo, véase el caso *Castle John and Nederlandse Stichting Sirius v NV Mabeco and NV Parfin*, Corte de Casación belga (19 de diciembre de 1986), en el que los ataques en contra de otra embarcación para generar conciencia sobre la contaminación ambiental emprendida fueron considerados como un “fin privado”; cf. *International Law Reports*, n.º 77, 1988, pp. 358-9.

⁹² “Decision” (nota 42), § 91.

⁹³ Artículo 24 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, n.º 2, 1991, p. 97.

⁹⁴ *Report of the Ad Hoc Committee Established by General Assembly Resolution 51/210 of 17 December 1996*, UN Doc A/58/37 (31 de marzo - 2 de abril de 2003); “Decision” (nota 42), § 88 con nota al pie 138.

⁹⁵ Este es también el punto de vista dominante en la literatura; véase Werle y Jessberger, o. cit. (nota 8), p. 96; Cryer y Wilmshurst, o. cit. (nota 11), pp. 4-5; Wilmshurst, o. cit. (nota 26), p. 333. El Instituto de Derecho Internacional tampoco incluye al terrorismo en su lista (aunque esta no es exhaustiva) de “crímenes graves de derecho internacional”:

también hace referencia a la aplicación (indirecta) “a nivel doméstico”⁹⁶ y así confirma el punto de vista general de que el terrorismo es solo parte de las “convenciones para la represión” que establecen obligaciones de implementación sobre los Estados. Esto, a su vez, demuestra que, de hecho, no existe un crimen internacional de terrorismo independientemente del derecho penal doméstico o nacional (o, más bien, de la aplicación doméstica). Además, el tratamiento especial que el Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas hace del terrorismo en comparación con otros delitos transnacionales⁹⁷ solo demuestra que el terrorismo es un delito transnacional *especial*, que puede estar más próximo a un auténtico crimen internacional que otros delitos transnacionales *comunes*.

Este estatus especial del terrorismo es de hecho confirmado por el resultado de nuestro *examen de crimen internacional* de tres niveles. El hecho de que el terrorismo satisfaga los primeros dos criterios pero no el tercero muestra que se encuentra entre un delito transnacional ordinario basado en un tratado y un crimen internacional propiamente tal; está, podría decirse, en camino hacia el nivel supremo de un auténtico crimen internacional, pero todavía no ha llegado a convertirse en uno.

Hay aún otra cuestión de principios que debe ser abordada. Dado que los delitos de terrorismo son cometidos típicamente por *actores no estatales* (esto es, particulares), su criminalización internacional importaría un giro cualitativo desde la criminalización internacional de *crímenes de Estado* a crímenes de individuos particulares.⁹⁸ Esto no es

Annyssa Bellal, “The 2009 Resolution of the Institute of International Law on Immunity and International Crimes”, *Journal of International Criminal Justice*, n.º 9, 2011, p. 233. Cf. Cassese et al., o. cit. (nota 14), p. 12, 162 ss., quien sostiene que “muchos factores apuntan a la existencia de [una] definición consensuada, al menos para el terrorismo en tiempos de paz” (p. 146). Gaeta, o. cit. (nota 19), p. 69, deja la cuestión abierta: por un lado incluye el terrorismo entre los crímenes que no son internacionales, y, por el otro, advierte “una clara tendencia” hacia la criminalización supranacional en tiempo de paz.

⁹⁶ “Decision” (nota 42), § 105.

⁹⁷ “Decision” (nota 42), § 104, 110.

⁹⁸ Incluso aunque los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra no tengan que ser cometidos por “actores estatales”, ellos requieren que los perpetradores estén organizados en “estructuras paraestatales” (*statelike structures*) —con relación a los crímenes contra la humanidad, compárese TPIY, *Prosecutor v Blaškić (Trial Chamber Judgement)*, IT-95-14-T, (3 de marzo de 2000), § 205—; CPI, *Prosecutor v Katanga and Ngudjolo Chui (Decision on the confirmation of charges)*, ICC-01/04-01/07-717 01-10-2008 (30 de septiembre de 2008), § 396; con relación a los crímenes de guerra, compárese TPIR, *Prosecutor v Musema (Trial Chamber Judgement)*, ICTR-96-13-T (27 de enero de 2000), § 257; véase también Ambos, *Internationales Strafrecht*, o. cit. (nota 88), § 7, nm. 188, 237). La piratería, por otra parte, fue el primer crimen internacional que existió, y es aceptado como tal incluso aunque es usualmente cometido por individuos o grupos pequeños desorganizados; con todo, solo ha recuperado atención cuando piratas organizados en estructuras jerárquicas volvieron a aparecer en las cercanías de Somalia (compárese Yvonne Dutton, “Bringing pirates

per se un argumento decisivo en contra de semejante criminalización, pero importaría un “tercer paso generacional” llevando el derecho penal internacional “al área de los conflictos transnacionales entre Estados y organizaciones particulares destructivas”.⁹⁹ Las consecuencias de tal paso merecen una consideración detenida. A este respecto, Cancio Meliá ha propuesto recientemente que el terrorismo —desde una perspectiva fenomenológica— tiene dos elementos adicionales. Primero, presupone la existencia de grupos bien organizados¹⁰⁰ y, segundo, siempre constituye la aplicación de una política de comunicar una amenaza general para la paz y la seguridad.¹⁰¹ El término *terrorismo* presupone la evocación de un estado constante de temor en la población, especialmente a causa de la imposibilidad de calcular y predecir los actos terroristas. La idea de la comunicación de una amenaza seria capta lo anterior de una manera bastante precisa. La existencia de una estructura de comunicación, en el sentido de una amenaza masiva continua, también podría equivaler al elemento de contexto del terrorismo, elemento indispensable de los crímenes internacionales.¹⁰² Solo un grupo organizado puede comunicar semejante estado de amenaza permanente de una manera creíble.

Sea como fuere, llegados a este punto y resumiendo nuestras consideraciones hechas hasta ahora, se podría calificar al terrorismo, a lo sumo, como un *crimen transnacional basado en un tratado particularmente grave* que está a un paso de convertirse en un auténtico crimen internacional. Además, formas extremas de terrorismo pueden constituir crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad y así ser directamente punibles bajo el derecho internacional.¹⁰³ Si bien los elementos del terrorismo tienen una base sólida

to justice: A case for including piracy within the jurisdiction of the International Criminal Court”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 11, 2010, pp. 201, 216.

⁹⁹ Véase Kress, o. cit. (nota 19), p. 37, quien ve al DPI de primera generación “inextricablemente vinculado a la existencia de una guerra” (23), y al de segunda generación en la criminalización de violaciones graves en conflictos armados no internacionales (25) provocada por la decisión jurisdiccional del caso *Tadić* (supra, nota 35) y completada con la codificación del crimen de agresión (37).

¹⁰⁰ Cancio Meliá, o. cit. (nota 90), p. 118.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 117-119; también en este sentido, Zöller, o. cit. (nota 78), p. 160.

¹⁰² Respecto de crímenes contra la humanidad, véase Kai Ambos y Steffen Wirth, “The current law of crimes against humanity”, *Criminal Law Forum*, n.º 13, 2002, p. 13; Claus Kieß, “Der Jugoslawien-Strafgerichtshof”, en H. FISCHER y S. LÜDER (eds.), *Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawientribunal, Nationalen Gerichten und dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlín: Spitz, 1999.

LAFAYE, Wayne, *Criminal Law*, Belmont (EUA): Thomson-West, 5.ª ed., 2010, pp. 54 ss. Véase también *Prosecutor v Tadić* (IT-94-1-A und IT-94-1-Abis), Voto disidente del juez Shahabuddeen (26 de enero de 2000).

¹⁰³ Cf. Ambos, *Internationales Strafrecht*, o. cit. (nota 88), § 7, nm. 275, con ulteriores referencias; véase también Wilmschurst, o. cit. (nota 26), pp. 343 ss.; Cassese et al., o. cit. (nota 14), pp. 153-158; críticamente Kress, o. cit. (nota 19), p. 37.

en el derecho internacional consuetudinario, su falta de precisión es prueba de la falta de consenso de la comunidad internacional en cuanto a los detalles de la definición de un crimen internacional de terrorismo.

Bibliografía

- ALDISERT, R. J., *Logic for Lawyers: A Guide to Clear Legal Thinking*, Boulder (EUA): National Institute for Trial Advocacy, 1997.
- AMBOS, Kai, “Amicus Curiae brief on the question of the applicable terrorism offence in the proceedings before the Special Tribunal for Lebanon, with a particular focus on a ‘special’ special intent and/or a special motive as additional subjective requirements”, *Criminal Law Forum*, n.º 22, 2011.
- *Internationales Strafrecht*, Múnich: Beck, 4.ª ed., 2014.
- “Judicial creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is there a crime of terrorism under international law?”, *Leiden Journal of International Law*, n.º 24, 2011. Una versión en español puede verse en “Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿Es el terrorismo un crimen internacional?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 3, n.º 7, 2012.
- “Prosecuting Guantánamo in Europe: Can and shall the masterminds of the ‘Torture Memos’ be held criminally responsible on the basis of universal jurisdiction?”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, n.º 42, 2009.
- *Treatise on International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- AMBOS, Kai, y Steffen WIRTH, “The current law of crimes against humanity”, *Criminal Law Forum*, n.º 13, 2002.
- ASHWORTH, Andrew, y Jeremy HORDER, *Principles of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 7.ª ed., 2013.
- BANTEKAS, Ilias, y Susan NASH, *International Criminal Law*, Londres: Routledge-Cavendish, 4.ª ed., 2010.
- BASSIOUNI, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, Nueva York: Transnational Publishers, 2.ª ed., 2013.
- BELLAL, Annysa, “The 2009 Resolution of the Institute of International Law on Immunity and International Crimes”, *Journal of International Criminal Justice*, n.º 9, 2011.
- BOISTER, Neil, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- “Transnational Criminal Law?”, *European Journal of International Law*, n.º 14, 2003.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Terrorism and Criminal Law: The Dream of Prevention, the Nightmare of the Rule of Law”, *New Criminal Law Review*, n.º 14, 2011.

- CASSESE, Antonio, et al., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005.
- CRYER, Robert, y Elizabeth WILMSHURST, “Introduction: What is international criminal law?”, en Robert CRYER et al. (eds.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 3.^a ed., 2014.
- CURRIE, John H., et al., *International Law*, Toronto: Irwin Law, 2007.
- DAVID, Eric, *Éléments de Droit Pénal International et Européen*, Bruselas: Bruylant, 2009.
- EINARSEN, Terje, *The Concept of Universal Crimes in International Law*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012.
- DUTTON, Yvonne, “Bringing pirates to justice: A case for including piracy within the jurisdiction of the International Criminal Court”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 11, 2010.
- FEUERBACH, Paul J. A. Ritter, *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen: Heyer, 1832 (traducido y reproducido en inglés en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007).
- GAETA, Paola, “International Criminalization of Prohibited Conduct”, en Antonio CASSESE (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- GARDNER, Maggie, “Foreword: Testing the waters: Assessing international responses to Somali piracy”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012.
- GRAF VITZTHUM, Wolfgang, “Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Völkerrechts”, en ídem (ed.), *Völkerrecht*, Berlín: de Gruyter, 2010.
- GUILFOYLE, Douglas, “Treaty Jurisdiction over Pirates”, *3rd Meeting of Working Group 2 on Legal Issues*, 2009.
- JOERDEN, Jan, *Logik im Recht*, Berlín y Heidelberg: Springer, 2005.
- KOLB, Robert, *Droit international penal*, Basilea y Bruselas: Helbing Lichtenhahn y Bruylant, 2.^a ed., 2012.
- KÖNIG, Doris, et al., “Piraterie und maritimer Terrorismus als Herausforderungen für die Seesicherheit: Objektive Rechtsunsicherheit im Völker-, Europa- und deutschem Recht”, *PiraT-Arbeitspapiere zur Maritimen Sicherheit*, vol. 7, 2011.
- KREICKER, Helmut, “Völkerstrafrecht im Ländervergleich”, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, vol. 7, Berlín: Duncker & Humblot y Max-Planck-Institut, 2006.
- KRESS, Claus, “International Criminal Law”, en Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (edición en línea), Oxford: Oxford University Press, 2008.
- “Der Jugoslawien-Strafgerichtshof”, en H. FISCHER y S. LÜDER (eds.), *Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawientribunal, Nationalen Gerichten und dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlín: Spitz, 1999.
- LAFAVE, Wayne, *Criminal Law*, Belmont (EUA): Thomson-West, 5.^a ed., 2010.

- LUBAN, David, "Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law", en Samantha BESSON y John TASIOLAS (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- MILANOVIĆ, Marko, "Is the Rome Statute Binding on Individuals? (And Why We Should Care)", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011.
- SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, Múnich, Oxford y Baden-Baden: Beck, Hart y Nomos, 2012.
- SHAW, Malcolm, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 7.^a ed., 2014.
- SHEARER, Ivan, "Piracy", en Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (edición en línea), Oxford: Oxford University Press, 2008.
- SIMESTER, Andrew, et al., *Criminal Law*, Oxford: Hart, 2010.
- THIRLWAY, Hugh, "The sources of international law", en M. D. EVANS (ed.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- TREVES, Tulio, "Customary international law", en Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (edición en línea), Oxford: Oxford University Press, 2008.
- WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 3.^a ed., 2012.
- WERLE, Gerhard, y Florian JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 3.^a ed., 2014.
- WILMSHURST, Elizabeth, "Transnational crimes, terrorism and torture", en Robert CRYER et al. (eds.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 3.^a ed., 2014.
- ZÖLLER, Mark, *Terrorismusstrafrecht*, Heidelberg: C. F. Müller, 2009.

EL TRATAMIENTO DEL TERRORISMO EN LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS Y EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS*

*Salvador Herencia Carrasco***

RESUMEN. El ensayo analiza el tratamiento del fenómeno del terrorismo en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos y en el sistema interamericano de derechos humanos. La primera parte estudia el trabajo de la Organización, con el fin de desarrollar una agenda regional, centrando el análisis en la Convención Interamericana contra el Terrorismo. La segunda parte focaliza la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tratamiento del terrorismo *vis-à-vis* la Convención Americana de Derechos Humanos.

Palabras clave: terrorismo, OEA, sistema interamericano de derechos humanos, derechos humanos, acceso a la justicia, debido proceso.

ABSTRACT. This essay examines the treatment of the phenomenon of terrorism in the sphere of the Organization of American States and the Inter-American human rights system. The first part studies the work of the OAS for the purpose of developing a regional agenda, and centers its analysis on the Inter-American Convention against Terrorism. The second part focuses on the case law of the Inter-American Court of Human Rights with regard to its treatment of terrorism as compared to the American Convention on Human Rights.

Key words: terrorism, OAS, Inter-American human rights system, human rights, access to justice, due process.

* La versión preliminar de este ensayo fue revisada y comentada por los profesores Kai Ambos, Pablo Galain y Marcos Zilli.

** Las opiniones contenidas en el presente ensayo son a título individual y no comprometen la posición institucional de la Comisión Andina de Juristas, del Tribunal Constitucional, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ni de la Universidad de Ottawa.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag untersucht, wie die Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) und das Interamerikanische Menschenrechtssystem das Phänomen des Terrorismus behandelt. Der erste Teil analysiert die Arbeit der Organisation, die sich die Erstellung einer regionalen Agenda vorgenommen hat, wobei sich die Betrachtung auf die Interamerikanische Konvention gegen den Terrorismus konzentriert. Im Zentrum des zweiten Teils steht die Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Terrorismus im Hinblick auf die Amerikanische Menschenrechtskonvention.

Schlagwörter: Terrorismus, OAS, Interamerikanisches Menschenrechtssystem, Menschenrechte, Zugang zu Justiz, rechtsstaatliches Verfahren.

1. Introducción

La preocupación regional sobre el terrorismo va de la mano con la propia creación de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), enmarcada en el mantenimiento de la paz y la seguridad regionales. En este sentido, tanto la Carta de la OEA¹ como el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca² (en adelante, TIAR) evocan mecanismos de cooperación para mantener la seguridad y estabilidad regionales.

Si bien no hacen una referencia expresa al fenómeno del terrorismo, estos instrumentos han permitido crear un marco común regional sobre el cual dialogar. Sin embargo, con el fin de la Guerra Fría y el restablecimiento de regímenes democráticos en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, los Estados de la OEA debieron adoptar mecanismos que permitan hacer frente a las nuevas amenazas terroristas. De forma paralela, varios de los países debieron afrontar casos ante el sistema interamericano de derechos humanos (en adelante, SIDH) por la adopción de medidas antiterroristas que desconocieron los principios básicos de derechos humanos.

En virtud de los ataques del 11 de septiembre de 2001, los Estados miembros de la OEA hicieron un llamado a “[...] brindar asistencia recíproca efectiva para enfrentar tales ataques y la amenaza de ataques similares contra cualquier Estado americano, y para mantener la paz y la seguridad del Continente”.³ Esta terminología, propia de la Carta

¹ Carta de la Organización de Estados Americanos, 30 de abril de 1948, Pan-American Union, Law and Treaty Series n.º 23, IX Conferencia Internacional de Estados Americanos (entró en vigor el 13 de diciembre de 1951), artículos 1 y 2.

² Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, 2 de septiembre de 1947, serie sobre Tratados de la OEA n.ºs 8 y 61 (entró en vigor el 3 de diciembre de 1948), artículos 3 y 6.

³ Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, *Amenaza terrorista en las Américas*, 24.ª Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, OEA/Ser.F/II.24, RC.24/RES.1/01, 21 de septiembre de 2001.

de la OEA y del TIAR, que evocaba la necesidad de fortalecer la seguridad regional, llevó a la elaboración, en el 2002, de la Convención Interamericana contra el Terrorismo⁴ (en adelante, CIACT).

El objeto del presente ensayo es examinar los esfuerzos que se han dado en las Américas para el tratamiento de la figura del terrorismo. Para este propósito, la primera parte se centrará en el trabajo de la OEA, haciendo un recuento histórico de los principales instrumentos y medidas adoptadas por este órgano regional, para luego centrar el análisis en la CIACT.

La segunda parte se centrará en el trabajo realizado por el SIDH⁵ y su tratamiento de las medidas antiterroristas de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH).⁶ En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), el estudio de los principales casos se dividirá según los siguientes ejes:⁷ a) principio de legalidad y legislación antiterrorista; b) medidas antiterroristas y perpetración de violaciones graves a los derechos humanos; c) la figura del terrorismo de Estado, y 4) terrorismo, garantías judiciales y debido proceso.

La división entre estas dos partes se encuentra justificada en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Com IDH) sobre *Terrorismo y derechos humanos*,⁸ cuando establece:

2. Las manifestaciones de violencia terrorista en las Américas, además de plantear una grave amenaza a la protección de los derechos humanos, con frecuencia han afectado a gobiernos e instituciones democráticas. Además, tanto el Estado como actores no estatales, han estado ampliamente involucrados en la instigación, el respaldo y la consumación del terrorismo contra la población del hemisferio, por medio de prácticas infames como los secuestros, las torturas y las desapariciones forzadas.⁹

⁴ Convención Interamericana contra el Terrorismo, 6 de marzo de 2002, 42 ILM 19, AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), 32.º período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA (entró en vigor el 10 de julio de 2003).

⁵ El presente ensayo se centrará en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero se debe reconocer el trabajo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha realizado, tanto como parte en los casos contenciosos como en los informes temáticos y recomendaciones a los órganos de la OEA.

⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123, 9 ILM 99 (entró en vigor el 7 de julio de 1978).

⁷ Véase Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre terrorismo y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.116, Washington D.C.: Com IDH, 2002.

⁹ *Ibidem*, § 2.

Los Estados miembros de la OEA actualmente vienen centrando sus esfuerzos en implementar medidas para el tratamiento del lavado de activos, la seguridad cibernética y reforzar los controles migratorios. Todos estos esfuerzos son necesarios pero esta necesidad debe ir de la mano con el respeto de los derechos humanos. En este sentido, el derecho a la privacidad, la inviolabilidad de las comunicaciones o la protección de datos personales recobran su importancia frente a las medidas internas antiterroristas que se vienen discutiendo, tanto en los Parlamentos como en los organismos internacionales. Las personas que resulten elegidas en próxima renovación de integrantes de la Com IDH y de la Corte IDH a mediados de 2015 deberán tener esto en cuenta, pues seguramente llegarán este tipo de casos en el corto plazo.

2. La Organización de los Estados Americanos y el tratamiento del terrorismo

2.1. La Carta de la OEA y su mandato de paz y seguridad como fundamento para la inclusión del terrorismo en la agenda regional

Desde la adopción de la Carta de la OEA, en 1948,¹⁰ se estableció como uno de los principios rectores de la organización la búsqueda de la paz y la seguridad en el continente.¹¹ A pesar de que la Carta fundacional no hace una referencia expresa al fenómeno del terrorismo, pues durante la época en que se adoptó las prioridades regionales estaban en la consagración del principio de no intervención y de las instituciones democráticas, la seguridad y la solidaridad continentales y la solución pacífica de controversias, estos fines sirvieron para fundamentar iniciativas regionales sobre la materia. Hasta la fecha,¹² los esfuerzos regionales se pueden dividir en tres componentes:

1. la adopción de dos tratados interamericanos sobre la materia: la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos

¹⁰ *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, 1948, 2 UST 2394, OASTS 1-C & 61, 33 ILM 989 (entró en vigor el 13 de diciembre de 1951).

¹¹ *Ibíd.*, artículo 2.a de la Carta de la OEA.

¹² Véase Enrique Lagos y Timothy D. Rudy, "Latin America: Views on Contemporary Issues in the Region Preventing, Punishing, and Eliminating Terrorism in The Western Hemisphere: A Post-9/11 Inter-American Treaty", *Fordham International Law Journal*, n.º 26, Nueva York, 2003, pp. 1619-1648.

- contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estas tengan Trascendencia Internacional,¹³ de 1971 (en adelante, Convención de 1971) y la ya referida Convención Interamericana contra el Terrorismo, de 2002;
2. la creación del Comité Interamericano contra el Terrorismo (en adelante, CICTE),¹⁴ en 1998, que entre sus funciones debe coordinar programas sobre control fronterizo, seguridad aeroportuaria y marítima, protección de infraestructura y cooperación, entre otros, y
 3. la adopción de resoluciones de la Asamblea General de la OEA¹⁵ y declaraciones del CICTE¹⁶ sobre la necesidad de crear, impulsar y fortalecer las medidas de persecución y cooperación en materia de terrorismo.

Es interesante hacer el paralelo con la práctica de los Estados miembros de la OEA, dado que cuando se adoptó la CIACT, en el 2002, la mayoría de la legislación antiterrorista de los Estados miembros de la OEA, especialmente los Estados parte de la CADH, había sido reformulada con el fin de adecuarse a los parámetros establecidos por la Corte IDH. Este proceso de reformas también contribuyó a fortalecer los mecanismos de cooperación y de acciones conjuntas en zonas de frontera.

Sobre este punto, se puede concluir que la OEA ha utilizado la mayoría de las atribuciones convencionales para el tratamiento del terrorismo y que en los últimos años el

¹³ Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estas tengan Trascendencia Internacional, 2 de febrero de 1971, 194 UNTS 1438, 3.º período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA (entró en vigor para cada país de acuerdo a cada ratificación individual; la fecha más temprana corresponde a Nicaragua: 8 de marzo de 1973).

¹⁴ El CICTE fue creado en el marco del Compromiso de Mar del Plata, de 1998. Una descripción de sus principales actividades se puede encontrar en <<http://www.oas.org/es/sms/cicte/default.asp>>.

¹⁵ Entre otros, se destacan las siguientes resoluciones: Asamblea General de la OEA, *Acción y política general de la Organización respecto de los actos de terrorismo y, en especial, el secuestro de personas y la extorsión conexa con ese delito*, 30 de junio de 1970, AG/RES. 4 (I-E/70); Asamblea General de la OEA, 28 de octubre de 2003, *Declaración de seguridad en las Américas*, OEA/Ser.K/XXXVIII CES/DEC. 1/03 rev.1; Asamblea General de la OEA, 6 de junio de 2006, *La protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, AG/RES. 2238 (XXXVI-O/06), y Asamblea General de la OEA, 6 de junio de 2006, *La extradición y la denegación de refugio a los terroristas: mecanismos de cooperación en la lucha contra el terrorismo*, AG/RES. 2249 (XXXVI-O/06).

¹⁶ Entre otros, véase Comité Interamericano contra el Terrorismo, 6 de marzo de 2009, *Declaración sobre el fortalecimiento de los controles fronterizos y la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo*, AG/RES. 2459 (XXXIX-O/09); Comité Interamericano contra el Terrorismo, 19 de marzo de 2010, *Declaración sobre colaboración público-privada en la lucha contra el terrorismo*, CICTE/DEC.1/10 (OEA/Ser.L/X.2.10); Comité Interamericano contra el Terrorismo, 9 de marzo de 2012, *Declaración sobre fortalecimiento de la seguridad cibernética en las Américas*, CICTE/DEC.1/12 rev. 1 (OEA/Ser.L/X.2.12), y Comité Interamericano contra el Terrorismo, 13 de marzo de 2013, *Declaración fortalecimiento de la cooperación hemisférica para enfrentar la financiación del terrorismo y el lavado de activos*, CICTE/ DEC. 1/13 (OEA/Ser.L/X.2.13).

esfuerzo se ha puesto en la implementación de programas y no de nuevos tratados internacionales. Por motivos históricos, no debe extrañar que la creación de una institución de coordinación como el CICTE y la adopción de la CIACT fueran posibles con el final de la Guerra Fría. En el caso de la Convención, esta fue impulsada como una respuesta hemisférica frente a los ataques del 11 de septiembre de 2001.

El mandato del CICTE se centra en “desarrollar la cooperación a fin de prevenir, combatir y eliminar los actos y actividades terroristas”.¹⁷ En la práctica esto se ha llevado a cabo a través de programas de cooperación y desarrollo de capacidades en materia de seguridad y control fronterizo, tráfico de armas, protección de infraestructura, entre otros. En los últimos años, la principal responsabilidad en proponer una agenda de trabajo regional ha recaído sobre el CICTE, lo cual explica el tratamiento de temas específicos como colaboraciones público-privadas, controles fronterizos y seguridad cibernética, así como el lavado de activos.

Como un ente de coordinación y articulación regional que depende de la voluntad de los Estados para cumplir con su mandato, los recursos limitados y la debilidad de algunos puntos de contacto nacionales han evitado que este trabajo de coordinación regional tenga mayores efectos.¹⁸

2.2. Primera iniciativa regional: La Convención Interamericana de 1971 sobre el secuestro de personas especialmente protegidas como actos de terrorismo

La Convención de 1971 fue históricamente importante puesto que contribuyó a la adopción de medidas internas relativas a la protección de personas que se encontraban protegidas por el derecho internacional: personal diplomático y del servicio consular, funcionarios de organismos internacionales y personas con estatus especial de acuerdo con tratados internacionales.

Llama la atención que, siendo uno de los objetivos del tratado preservar las buenas relaciones interestatales, los primeros considerandos¹⁹ de la Convención sean el respeto

¹⁷ Asamblea General de la OEA, 7 de junio de 1999, *Cooperación hemisférica para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo*, AG/RES. 1650 (XXIX-O/99), artículo 1 del anexo.

¹⁸ Comité Interamericano contra el Terrorismo, 26 de febrero de 2014, *Informe del presidente del Comité Interamericano contra el Terrorismo ante la Organización de Estados Americanos*, CICTE/doc.6/14 (OEA/Ser.L/X.2.14).

¹⁹ Convención de 1971, cit. (nota 13), considerando primero.

y el compromiso con los postulados de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948,²⁰ así como la entonces recién adoptada Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969.

En el presente caso, el artículo 1 de la Convención de 1971 establece que los Estados deberían adoptar medidas para prevenir y sancionar los actos de terrorismo, así como para la protección especial de las personas cubiertas por el derecho internacional.²¹ Este instrumento está dirigido principalmente a la protección de la persona, por lo que deja de lado los actos terroristas que puedan causar daño a la propiedad o a otros bienes jurídicos protegidos. Además, la Convención no logra proponer una definición del delito de terrorismo debido a las diferencias sobre el contenido y las repercusiones que esta podría tener en el ámbito interno de los Estados negociantes.

En el contexto latinoamericano de la década del setenta, este tratado respondió a la división política y económica que existía en el continente. La tendencia política de los diferentes regímenes, fueran civiles o militares, condicionaban la cooperación e incluso la confianza mutua. Cabe destacar que grupos armados al margen de la ley utilizaban a menudo el secuestro de personal diplomático para ganar notoriedad internacional y también protección frente a una posible accionar policial.

El artículo 5 de la Convención de 1971²² establece la regla del *aut dedere, aut judicare*, presente en otros instrumentos internacionales de relevancia para los derechos humanos y el derecho penal internacional. En este caso, la Convención ya reconocía la práctica de algunos Estados latinoamericanos de no extraditar a sus nacionales, que posteriormente sería revisada y luego adaptada a las reglas de detención y entrega de nacionales establecidas por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

De acuerdo con la doctrina especializada,²³ es en el artículo 8 de la Convención de 1971 donde se encuentra su principal aporte, el que se refiere a la adopción de medidas internas que eviten que el territorio de un Estado sea utilizado para la realización de actos terroristas en otros Estados. Aparte de la obligación general de implementar

²⁰ Véase Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, OAS Res. xxx, en *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, OAS/Ser.L/V/II.4 Rev. 9 (2003); 43 AJIL Supp. 133 (1949).

²¹ Convención de 1971, cit. (nota 13), artículo 1.

²² *Ibidem*, artículo 5.

²³ Véase Mirko Sossai, "The Legal Response of the Organisation of American States in Combating Terrorism", en Ben Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, pp. 701-716.

medidas, incluso en su ordenamiento penal, la Convención estableció la obligación de cooperar e intercambiar información.²⁴ Por eso,

Uno de los logros más importantes de la Convención de la OEA de 1971 fue la imposición de la obligación a los Estados para prevenir el uso de sus territorios en la preparación de actos terroristas en el territorio de otro Estado. El contenido de esta obligación [...] constituyó el modelo para las posteriores convenciones antiterroristas.²⁵

En perspectiva, el impacto de esta Convención fue mínimo, pues gran parte de los postulados fueron luego revisados e implementados por la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, de las Naciones Unidas, adoptada en 1973.²⁶ Hasta la fecha, 18 Estados han ratificado esta Convención.²⁷ Además, en un contexto de Guerra Fría y la división del continente, los postulados que hacían llamados a fomentar la cooperación internacional no fueron posibles en este campo, puesto que no había condiciones políticas para su implementación.

Sin embargo, se debe reconocer que la Convención de 1971 hizo referencia al respeto de los derechos de las personas en la prevención del terrorismo (tema que sería central en la jurisprudencia de la Corte IDH en la década de los noventa) y la afirmación de la regla *aut dedere, aut judicare* que posteriormente se consolidaría en una norma para evitar la impunidad e intentar minimizar los impactos de los *safe havens*.

2.3. La Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002 y la consolidación de esfuerzos posataques del 11 de septiembre de 2001

Como se ha establecido en la introducción, los ataques del 11 de septiembre de 2001 llevaron a que los Estados miembros de la OEA adoptaran una serie de medidas preparatorias que permitieron la rápida adopción de un nuevo tratado internacional sobre la materia.

²⁴ Convención de 1971, cit. (nota 13), artículo 8.

²⁵ Sossai, o. cit. (nota 22), pp. 703-704 (traducción del inglés por el autor).

²⁶ Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, 14 de diciembre de 1973, UNTS 1035 (entró en vigor el 20 de febrero de 1977).

²⁷ Se puede ver la lista de firmas y ratificación de la Convención de 1971 en <<http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-49.html>>.

Como en el caso de la Convención de 1971, la CIACT no contiene una definición de terrorismo, pero identifica diez tratados internacionales de las Naciones Unidas con el objeto de considerar las conductas ahí definidas como terrorismo.²⁸ Entre ellas se destacan la toma de naves y aeronaves, la toma de rehenes, el uso de bombas y el financiamiento del terrorismo, entre otros. Cabe destacar que estos tratados tienen una naturaleza reactiva, pues en su mayoría fueron adoptados como una respuesta de las Naciones Unidas a hechos de terrorismo ocurridos que hicieron necesaria una respuesta multilateral.²⁹

En este sentido, la CIACT codifica las conductas³⁰ sobre las cuales existía un consenso en el derecho internacional en esta materia, como los ataques a aeronaves, la toma de rehenes o el financiamiento del terrorismo, entre otras medidas. Sin embargo, no se puede afirmar que esta convención cristaliza una costumbre internacional, ni aun en el ámbito regional, pues el propio artículo 2.2 deja la opción al Estado, si existe un tratado del cual no es parte, de excluir su aplicación al momento de depositar su instrumento de ratificación.³¹ Esto podría ser la primera limitación de la CIACT, pues, ante la presión internacional que se dio para adoptar medidas dirigidas a contrarrestar el terrorismo en virtud de los ataques del 11 de septiembre, los negociadores del tratado habrían podido establecer estos tratados como vinculantes, aunque fuera en el ámbito de cooperación y sin tener la cláusula *opt-out*. Hasta la fecha, de los 24 Estados partes de la CIACT, solo Colombia, Ecuador, Guatemala y Venezuela han hecho uso de esta cláusula.³²

El artículo 4 de la CIACT establece una serie de disposiciones cuyo fin es prevenir la financiación de actividades terroristas, el cual incluye la adopción de medidas para la supervisión de actividades bancarias, protocolos para identificar movimientos bancarios o de activos que sean sospechosos y la cooperación con otros agentes estatales.³³ En este caso, el artículo 4.2 permite que los estándares y prácticas referidos a estas acciones sean

²⁸ Convención Interamericana contra el Terrorismo, cit. (nota 4), artículo 2.1.

²⁹ Entre otros, se puede destacar la toma de rehenes en Teherán o la toma de rehenes durante los Juegos Olímpicos de Múnich, el ataque terrorista del vuelo en Lockerbie y el caso *Achille Lauro*.

³⁰ Véase Michelangela Scalabrino, "Fighting Against International Terrorism: The Latin American Response", en Andrea Bianchi (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Londres: Hart, 2004, pp. 183-190.

³¹ Convención Interamericana contra el Terrorismo, cit. (nota 4), artículo 2.2.

³² Se puede ver la lista de firmas y ratificación, así como el texto de las cláusulas interpretativas a la CIACT en <<http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-66.html>>.

³³ Convención Interamericana contra el Terrorismo, cit. (nota 4), artículo 4.1.

delimitados por instituciones especializadas como el Grupo de Acción Financiera Internacional, entre otras organizaciones establecidas en el propio tratado.³⁴

Este elemento es importante puesto que permite una actualización y una mejora constante en estos protocolos de intervención, cooperación e intercambio de información, sin necesidad de que estos pasen por una reforma del tratado en cuestión. En el ámbito internacional, específicamente en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, también existen antecedentes de esta práctica que han demostrado su utilidad.

Un ejemplo sobre este punto y de relevancia para el continente latinoamericano refiere a la implementación de la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, o Convención de Ottawa, que requiere la adopción de protocolos para el desminado humanitario, el cual incluye la participación de civiles. Sin embargo, estas normas técnicas, conocidas como International Mine Action Standards (IMAS) no son adoptadas por los Estados sino desarrolladas por agencias que integran entes públicos y privados.³⁵

Estos IMAS tienen como objeto establecer un estándar común a todos los Estados, que llega a incluir lineamientos referidos al entrenamiento y la participación de civiles en las actividades de desminado, así como protocolos en aspectos de seguridad, salubridad y protección. Los IMAS desarrollan aspectos prácticos de la Convención de Ottawa y podrían considerarse como *soft law*, es decir, normas técnicas con jerarquía inferior al tratado pero que establecen prácticas y estándares que lo desarrollan. De la misma forma que estas normas funcionan en materia de desminado, esta mecánica puede ser de utilidad en cuanto a tener criterios homogéneos para evitar el financiamiento de actividades de terrorismo.

Este tipo de mecánica permite, si el objetivo es centrarse en la prevención y la cooperación para evitar actos terroristas, adoptar protocolos o guías que permitan a distintos organismos articular esfuerzos. El ejemplo descrito sobre las minas antipersonal es relevante pues demuestra que tan importante como fijar el marco jurídico general de intervención es proporcionar reglas y facultades claras a organismos técnicos con el fin de implementar el objeto y propósito del tratado, adecuándolas a las necesidades del momento.

³⁴ Ibídem, artículo 4.2

³⁵ Sobre los IMAS se puede consultar <<http://www.mineactionstandards.org/>>.

De forma complementaria, la CIACT establece medidas para prevenir el lavado de activos,³⁶ mejorar los controles fronterizos,³⁷ prestar asistencia mutua³⁸ y trasladar personas,³⁹ entre otras medidas. Como se puede observar, el tratado contiene disposiciones que permitirían crear una red estatal para el intercambio de información y la cooperación. Sin embargo, posiblemente la fragilidad institucional de la OEA o la necesidad de consolidar el CICTE, así como los efectos que tuvo la *guerra contra el terrorismo* de inicios de la década pasada han afectado el potencial de este tratado. Si bien aún es preciso mejorar los mecanismos de cooperación, debe destacarse que los Estados latinoamericanos tienen legislación sobre lavado de activos, financiamiento del terrorismo a través del narcotráfico, secuestro y otros delitos de especial gravedad, seguridad fronteriza y seguridad bancaria, entre otros.

En el caso de América Latina, uno de los puntos es determinar cuál sería el órgano regional encargado de coordinar estos esfuerzos conjuntos —si la OEA a través del CICTE, UNASUR o normas especializadas a través de diferentes bloques (como la Alianza del Pacífico o los países que vienen negociando la Alianza Transpacífico)— y cómo se daría la coordinación entre las distintas agencias.

La pluralidad de órganos de integración regional no debería afectar la cooperación en actividades en las que existe un consenso mínimo. Sin embargo, en la práctica se puede pensar que en países con mayor integración económica las normas de cooperación y seguridad en movimiento de capitales podrían ser más útiles que macroiniciativas. En todo caso, los lineamientos establecidos en la CIACT deberían ser tomados como un marco de acción para los Estados, dado que esta convención permite la cooperación a través del CICTE⁴⁰ o entre los propios Estados.⁴¹

Finalmente, uno de los puntos que han sido objeto de declaraciones de interpretación por los Estados parte de la CIACT es la denegación de la condición de refugiado⁴² y de asilo⁴³ para las personas sospechosas de haber cometido actividades terroristas. Sobre este punto, Chile, Costa Rica y México depositaron declaraciones en las que establecen

³⁶ Convención Interamericana contra el Terrorismo, cit. (nota 4), artículo 6.

³⁷ *Ibidem*, artículo 7.

³⁸ *Ibidem*, artículo 9.

³⁹ *Ibidem*, artículo 10.

⁴⁰ *Ibidem*, artículo 17.

⁴¹ *Ibidem*, artículo 18.

⁴² *Ibidem*, artículo 12.

⁴³ *Ibidem*, artículo 13.

que el asilo es un derecho reconocido en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la CADH y que, por lo tanto, sus funcionarios respetarían este derecho por ser una prerrogativa estatal.⁴⁴

El principal aporte de la CIACT es la sistematización de las principales conductas referidas al terrorismo internacional que deben tener una respuesta regional, el establecimiento de medidas concretas para prevenir el lavado de activos y el uso de la banca como medios para financiar el terrorismo, y la inclusión de una cláusula de respeto a los derechos humanos.⁴⁵

Como conclusión de este punto, se puede constatar que el derecho internacional no ha llegado a una definición uniforme de qué es el terrorismo, sino que, a lo sumo, ha logrado el asentimiento sobre la naturaleza terrorista de determinadas acciones, como el secuestro de aeronaves o la toma de rehenes (medidas de represión), así como la supresión de los canales de financiamiento de grupos terroristas (medidas de prevención). Por lo tanto, dado que existe consenso sobre el repudio a este tipo de prácticas, es necesario adoptar medidas para prevenirlas y sancionarlas.

Un antecedente de un tratado que propuso una definición general, aunque con varias limitantes, se puede encontrar en la Convención de 1937 de la Sociedad de las Naciones para la Prevención y Sanción del Terrorismo,⁴⁶ que definió los ataques terroristas como “los actos criminales dirigidos contra el Estado o con la intención de crear un estado de terror en la mente de las personas, de un grupo de personas o del público en general”. Si bien este tratado nunca entró en vigor, se puede apreciar que, 78 años después de adoptado, la comunidad internacional aún no ha logrado arribar a una definición consensuada de terrorismo.

El carácter amplio de esta conceptualización otorgó un marco de apreciación bastante amplio que permitiría a los Estados adoptar las medidas necesarias para hacer frente a estos actos criminales. No obstante lo anterior, el Derecho Internacional ha progresivamente reducido este margen de apreciación de los Estados al establecer conductas típicas de actos terroristas, así como las prioridades y medidas que éstos deben

⁴⁴ Se puede ver el texto de las cláusulas interpretativas sobre la CIACT en <<http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-66.html>>.

⁴⁵ Convención Interamericana contra el Terrorismo, cit. (nota 4), artículo 15.

⁴⁶ Convención para la Prevención y Sanción del Terrorismo, 16 de noviembre de 1937, Sociedad de las Naciones, artículo 1.2. Se puede ver el texto original en <<http://www.wdl.org/en/item/11579/>>.

realizar.⁴⁷ Sin embargo, la imposibilidad de una definición consensuada de terrorismo es una demostración más de la necesidad de combinar esfuerzos regionales con universales.

3. El terrorismo y su tratamiento en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

3.1. La relación del terrorismo y los derechos humanos en los instrumentos de la OEA

Uno de los principales elementos que han sido estudiados frente a las medidas legislativas nacionales para hacer frente al fenómeno del terrorismo es su relación con los derechos humanos.⁴⁸ En el ámbito interamericano, se debe destacar el texto del artículo 15 de la CIACT, el cual determina que las medidas para hacer frente al terrorismo deberán ser implementadas con pleno respeto al Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Sobre este punto, y a modo de introducción, pueden hacerse dos comentarios. En primer lugar, al momento de negociar este tratado, la Corte IDH ya había publicado la mayoría de sus sentencias que analizaron la conformidad de la legislación antiterrorista con los postulados de la CADH. En este sentido, las sentencias para los casos *Loayza Tamayo*,⁴⁹ *Barrios Altos*⁵⁰ y *Castillo Petruzzi*,⁵¹ entre otros, determinaron la incompatibilidad de los tribunales sin rostro, la ilegalidad del tipo penal de terrorismo y el proceso interno con las garantías mínimas en derechos humanos.⁵²

⁴⁷ Véase Kimberly Trapp, "Terrorism and the International Law of State Responsibility", en Ben Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, pp. 39-56.

⁴⁸ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, cit. (nota 8).

⁴⁹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo contra Perú* (fondo), sentencia del 17 de septiembre de 1997, serie C, n.º 33.

⁵⁰ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos contra Perú* (fondo), sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75.

⁵¹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, n.º 52.

⁵² Uno de los principales derechos vulnerados por la legislación antiterrorista fue el derecho de defensa. Sobre este punto, véase Salvador Herencia Carrasco, "El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de

En segundo lugar, la redacción de esta disposición sobre la aplicación de medidas antiterroristas con respeto por los derechos humanos tiene una cláusula abierta, pues no se limita a los estándares establecidos por la Corte IDH, la CADH u otros tratados del ámbito interamericano, sino que vincula los estándares aceptados en el derecho internacional. Esto permite que en el cumplimiento de las disposiciones de estos tratados se pueda utilizar como base la práctica entre Estados o de las Naciones Unidas. La Corte IDH, en el caso *Norín Catrimán*, hace referencia a este tratado y a la obligación de que los Estados adopten las medidas para sancionar el terrorismo pero con respeto por los derechos humanos y las instituciones democráticas.⁵³

En este contexto, se debe destacar la labor que tuvo la Com IDH en el trabajo de la OEA para el tratamiento del terrorismo, de forma paralela a los casos que este órgano regional ha llevado a la Corte IDH y de los informes temáticos sobre la materia.⁵⁴ Como se ha visto, la OEA adoptó en el 2006 una resolución sobre *La protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*.⁵⁵

En aquel entonces, el contexto global sobre lucha contra el terrorismo (que aún permanece) era llevado a una falsa dicotomía entre libertad y seguridad, la diferencia entre soberanía y jurisdicción como medio para evitar el control judicial de cárceles clandestinas en distintos territorios, o eufemismos como *técnicas aumentadas de interrogación o combatientes enemigos ilegales* para negar prácticas de tortura o sustraer a las personas de las garantías del debido proceso.

De ahí la importancia de la resolución adoptada por la OEA, pues hace referencia expresa a que el combate al terrorismo debe hacerse con pleno respeto al derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario.⁵⁶ Para la adopción de esta resolución, la Com IDH presentó

Derechos Humanos", en Kai Ambos, Gisela Elsner y Ezequiel Malarino (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo 1, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 359-378.

⁵³ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) contra Chile* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 29 de mayo de 2014, serie C, n.º 279, § 164.

⁵⁴ Véase Christina M. Cerna, "The Role and Legal Framework of the Inter-American Commission on Human Rights in Securing Justice for Victims", en Ana María Salinas de Frías, Samuel y Nigel D. White (eds.), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Nueva York: Oxford University Press, 2012, pp. 811-837.

⁵⁵ Asamblea General de la OEA, 6 de junio de 2006, *La protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, cit. (nota 15).

⁵⁶ *Ibidem*, punto 2.

un informe⁵⁷ con recomendaciones a la OEA sobre la materia referida a la protección del derecho a la vida, la libertad y la seguridad personales, entre otros.

Lo relevante de este punto es que este informe establece límites claros. Entre otras cosas, afirma:

La lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos son responsabilidades complementarias y no contradictorias de los Estados Miembros, y el respeto por los derechos humanos fundamentales constituye un componente esencial de una campaña exitosa contra el terrorismo.⁵⁸

Si bien esta disposición es clara y concordante con el enfoque de derechos y deberes establecidos en la Declaración Americana de 1948, en el contexto de la OEA de aquel entonces esto llevaba a las nuevas regulaciones en materia de legislación antiterrorista, ligadas también a un populismo penal y una sobrecriminalización de conductas, usualmente vinculados a la reducción de garantías penales.

El otro aspecto que cabe destacar es la protección judicial en el territorio donde un Estado ejerza jurisdicción. En el contexto de la OEA, esto implicaba también cuestionar el tratamiento y el traslado de prisioneros a la base de Guantánamo. Sin tocar este punto específico, el informe remitido a la OEA establecía:

4. Al responder al terrorismo, los Estados miembros están obligados, no sólo a respetar los derechos fundamentales de todas las personas sujetas a la autoridad y el control de esos Estados, sino también a garantizar a todas dichas personas dentro de su jurisdicción el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, al amparo del derecho internacional y nacional, sin discriminación. Ello debe incluir un acceso sencillo y sin demora ante una corte o tribunal competente para la protección contra actos que violen derechos fundamentales.⁵⁹

Más allá de las consideraciones políticas sobre esta resolución, este párrafo es relevante para el estudio de la aplicación de la CADH en casos de terrorismo, pues presenta un resumen de los criterios desarrollados en el SIDH para determinar la responsabilidad de los Estados en la regulación y la aplicación de sus respectivas legislaciones antiterroristas.

⁵⁷ Véase Consejo Permanente de la OEA, 9 de mayo de 2006, *Recomendaciones para la protección de los derechos humanos por parte de los Estados miembros de la OEA en la lucha contra el terrorismo* (documento presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), CP/doc. 4117/06 (OESA/Ser.G).

⁵⁸ *Ibidem*, § 3.

⁵⁹ *Ibidem*, § 4.

De ahí la necesidad de hacer un breve recuento de los principales temas abordados por la Corte IDH.

Para la Corte IDH, el conocimiento de casos que trataron sobre la aplicación de la legislación antiterrorista en los Estados parte de la CADH dio la oportunidad para analizar la compatibilidad de esta legislación con los derechos humanos,⁶⁰ especialmente en lo que corresponde a las garantías penales. Algunos de los casos que llegaron a la Corte IDH tuvieron que ver con prácticas de desaparición forzada de personas, torturas, desplazamientos forzados, así como la afectación del derecho a la vida y la integridad personal. En casos relativos al Perú,⁶¹ por ejemplo, la Corte estuvo al frente de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

A modo de resumen de los principales desarrollos jurisprudenciales de la Corte IDH en el tratamiento del terrorismo *vis-à-vis* la CADH, se pueden destacar los siguientes casos:

- Caso *Loayza Tamayo*.⁶² La Corte IDH identificó las restricciones al derecho de defensa que una persona afrontaría por el fuero militar en un proceso referido al delito de traición a la patria en el Perú.
- Caso *Castillo Petruzzi*.⁶³ En este caso, el tratamiento hecho por las autoridades militares peruanas en la investigación, el procesamiento y la condena de ciudadanos de otro país por los delitos de traición a la patria y terrorismo era contrario a las garantías propias del derecho de defensa, tanto por la autoridad encargada de administrar justicia como por las limitaciones impuestas al abogado defensor.
- Caso *Cantoral Benavides*.⁶⁴ La Corte IDH determinó que el sometimiento de una persona a torturas con el fin de lograr una confesión (en este caso, de ser miembro de un grupo terrorista en el Perú) es contraria al derecho a la integridad personal y no es válida desde el derecho a un juicio justo.

⁶⁰ Véase Sergio García Ramírez, "The Inter-American Court of Human Rights' Perspective on Terrorism", en Ana María Salinas de Frías, Samuel y Nigel D. White (eds.), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Nueva York: Oxford University Press, 2012, pp. 785-810.

⁶¹ Véase Iván Bazán Chacón, "El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú: una evaluación preliminar", *Ars Boni et Aequi*, n.º 2, Santiago, 2011, pp. 283-317.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo contra Perú* (fondo), cit. (nota 49).

⁶³ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 51).

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantoral Benavides contra Perú* (fondo), sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C, n.º 69.

- Caso *Barrios Altos*.⁶⁵ La Corte IDH determinó que las normas de amnistía, prescripción y excluyentes a la responsabilidad cuyo fin sea impedir la investigación de graves violaciones a los derechos humanos es contraria a la CADH y al derecho internacional de derechos humanos.
- Caso *Myrna Mack*.⁶⁶ La Corte IDH estableció el concepto de responsabilidad agravada del Estado por la práctica sistemática de sus agentes en las detenciones arbitrarias, torturas y desapariciones forzadas perpetradas en Guatemala, realizadas en cumplimiento de órdenes del Ejecutivo.
- Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*.⁶⁷ La Corte determinó que la práctica de detención y desaparición de presuntos integrantes de grupos terroristas en el Perú se enmarcó en una práctica sistemática de violación a los derechos humanos, en la que se desconocieron las garantías de presunción de inocencia y derecho al juez natural.
- Caso *Goiburú*.⁶⁸ La Corte IDH determinó que el accionar del Estado de Paraguay en las violaciones sistemáticas a los derechos humanos perpetradas durante la Operación Cóndor constituyó terrorismo de Estado.

3.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los casos de terrorismo a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos

Una de las principales líneas jurisprudenciales que ha desarrollado la Corte IDH es la regulación y la aplicación de medidas antiterroristas por los Estados parte de la CADH. Este aspecto ha sido de suma importancia puesto que el núcleo del análisis se ha centrado en el principio de legalidad y las garantías penales del debido proceso y de protección judicial.⁶⁹ Mientras la OEA ha desarrollado instrumentos que fomentan la

⁶⁵ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos contra Perú* (fondo), cit. (nota 50).

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 8 de julio de 2004, serie C, n.º 110.

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Goiburú y otros contra Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 22 de septiembre de 2006, serie C, n.º 153.

⁶⁹ Véase Pablo Saavedra Alessandri, "La respuesta de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en graves violaciones a los derechos humanos y sus consecuencias", en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo, 1979-2004*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 385-413.

cooperación internacional para la prevención y el tratamiento del terrorismo, los cuales incluyen medidas para evitar el financiamiento externo de estas organizaciones, el IDH ha tratado casos relativos a la aplicación de normas antiterroristas frente a los problemas internos de los Estados.⁷⁰

3.2.1. Legislación antiterrorista y principio de legalidad

El primer aspecto que se debe tener en cuenta tiene relación con las características de las legislaciones antiterroristas en los Estados parte de la CADH.⁷¹ En este sentido, la Corte IDH estableció en una opinión consultiva⁷² el marco general con respecto a qué se entiende por leyes,⁷³ interpretando el artículo 30 de la Convención.⁷⁴ Sobre este aspecto, la Corte IDH precisó lo siguiente:

32. [...] El concepto de leyes a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad. Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas.⁷⁵

Esto resultó de suma importancia para la Corte IDH, pues tuvo que incluir en el análisis de casos contenciosos relativos a la aplicación de leyes antiterroristas el origen de estas normas creadas. Cabe recordar que, en lo que corresponde a la reserva de ley para la limitación o restricción de derechos humanos,⁷⁶ la Corte IDH ha establecido:

⁷⁰ Véase Scalabrino, o. cit. (nota 30), pp. 191-208.

⁷¹ Véase García Ramírez, o. cit. (nota 54), pp. 789-793.

⁷² Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva del 9 de mayo de 1986, serie A, n.º 6.

⁷³ Véase Gabriela Rodríguez, "Artículo 30: Alcance de las Restricciones", en Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 715-718.

⁷⁴ Véase *Convención Americana de Derechos Humanos*, cit. (nota 6), artículo 30.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit. (nota 72), § 32.

⁷⁶ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 21 de noviembre de 2007, serie C, n.º 170, § 56.

24. La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.⁷⁷

Esta disposición es una confirmación de lo que la propia Corte IDH formuló en el caso *Velásquez Rodríguez*⁷⁸ al determinar que los Estados pueden adoptar las medidas necesarias para garantizar su seguridad,⁷⁹ siempre y cuando los medios empleados respeten el principio y derecho de dignidad humana así como los derechos y garantías reconocidos en la CADH.⁸⁰ Si bien la Corte IDH reconoce los efectos adversos que las actividades terroristas causan en el Estado y en la sociedad,⁸¹ esto no implica una justificación para que las acciones del Estado restrinjan o eliminen garantías elementales, aun cuando se esté bajo un estado de emergencia o estado de conmoción interior.⁸²

Con respecto al análisis de las normas antiterroristas de los Estados parte de la CADH, la Corte IDH ha reiterado sostenidamente, al tratarse de normas penales, del respeto irrestricto del principio de legalidad y de irretroactividad establecido⁸³ en el artículo 9 de la Convención.⁸⁴ En lo que corresponde a las leyes antiterroristas, la Corte IDH ha declarado que la legislación peruana de entonces para el delito de terrorismo y de

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit. (nota 72), § 24.

⁷⁸ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras* (fondo), sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, § 154.

⁷⁹ Véase *Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 2 de febrero de 2001, serie C, n.º 72, § 107.

⁸⁰ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petrucci y otros contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 51), § 89.

⁸¹ *Ibidem*, § 91.

⁸² Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva del 6 de octubre de 1987, serie A, n.º 9, § 24.

⁸³ Véase Thomas Antkowiak, "Artículo 9: Principio de legalidad y de retroactividad", en Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 255-262.

⁸⁴ Véase *Convención Americana de Derechos Humanos*, cit. (nota 6), artículo 9.

traición a la patria era ambigua e indeterminada,⁸⁵ por lo que su aplicación afectaba la taxatividad de las normas penales.

En el caso peruano,⁸⁶ esto también se dio en el análisis de las normas sobre colaboración con el terrorismo y afiliación a organizaciones terroristas.⁸⁷ Este aspecto llevó a que la Corte IDH determinase la responsabilidad del Estado por condenar a un profesional médico que prestó un servicio a un integrante de una organización terrorista que requería su asistencia. Esta asistencia, al ser considerada por un tribunal peruano como pertenencia a una organización terrorista, implicó una violación del artículo 9 de la CADH, pues no se encontraba tipificada como tal, lo que llevó a la aplicación indeterminada del dicho tipo penal.⁸⁸ Esto sin contar que un tipo penal de esta naturaleza afrontaría cualquier principio de humanidad y normas aplicables para el tratamiento de heridos.

En el caso *Castillo Petruzzi*, la Corte IDH consolidó una regla general para la regulación de tipos penales en conformidad con los derechos humanos y las garantías establecidas en el artículo 9 de la CADH, haciendo énfasis en la regulación precisa del delito:

121. La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.⁸⁹

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantoral Benavides contra Perú* (fondo), cit. (nota 64), § 155.

⁸⁶ Véase Carlos Caro Coria, "Perú", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 271-306.

⁸⁷ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso De la Cruz Flores contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 18 de noviembre de 2004, serie C, n.º 115, § 96-103.

⁸⁸ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso García Asto y Ramírez Rojas contra Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2005, serie C, n.º 137, § 194.

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 51), § 121.

Esto ha sido posteriormente confirmado⁹⁰ para otros casos que no necesariamente tratan de regulaciones antiterroristas.⁹¹ Sin embargo, en el caso de leyes terroristas, la Corte IDH ha establecido la importancia de que haya “[...] una necesaria distinción entre dichos delitos y los tipos penales ordinarios, de forma que tanto cada persona como el juez penal cuenten con suficientes elementos jurídicos para prever si una conducta es sancionable bajo uno u otro tipo penal”.⁹²

3.2.2. Medidas antiterroristas, deber de garante y violaciones a los derechos humanos

En lo que corresponde al desarrollo de la jurisprudencia frente a la aplicación de normas antiterroristas, el análisis de la Corte IDH se ha dado con respecto a la actuación del Estado frente a personas sospechosas de haber cometido actos terroristas. Esta práctica llevó a que algunos agentes hayan perpetrado graves violaciones a los derechos humanos,⁹³ como tortura,⁹⁴ desaparición forzada de personas⁹⁵ y ejecuciones extrajudiciales.⁹⁶

El primer aspecto a tomar en cuenta en este caso es que esta conducta de los agentes estatales implica una violación del deber de garante. En el caso *Bámaca Velásquez*, la Corte IDH determinó que cuando se trata de “[...] mantener el orden público, su poder

⁹⁰ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Kimel contra Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 2 de mayo de 2008, serie C, n.º 177, § 63.

⁹¹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ricardo Canese contra Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, n.º 111, § 174-179.

⁹² Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) contra Chile* (fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 53), § 163.

⁹³ Véase Brian D. Tittmore, “Ending Impunity in the Americas: The Role of the Inter-American Human Rights System in Advancing Accountability for Serious Crimes Under International Law”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, n.º 12, Los Ángeles, 2006, pp. 429-475.

⁹⁴ Véase Santalla Elizabeth Vargas, “La múltiple faceta de la tortura y los “otros tratos” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los tribunales penales internacionales”, en Kai Ambos, Gisela Elsner y Ezequiel Malarino (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo 1, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 229-262.

⁹⁵ Véase Juan Luis Modolell González, “El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai Ambos, Gisela Elsner y Ezequiel Malarino (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo 1, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 171-192.

⁹⁶ Ben Saul, “Compensation for Unlawful Death in International Law: A Focus on the Inter-American Court of Human Rights”, *American University International Law Review*, n.º 19, Washington D. C., 2004, pp. 523-585.

no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción”.⁹⁷ Asimismo, ha precisado que este deber de protección se aplica a las fuerzas policiales y militares de un país.⁹⁸

En lo que corresponde a las ejecuciones extrajudiciales perpetradas en la aplicación de medidas antiterroristas por agentes estatales, sean oficiales o *de facto*,⁹⁹ esta práctica representa una violación al derecho a la vida¹⁰⁰ reconocido en el artículo 4 de la CADH.¹⁰¹ En este sentido, la Corte IDH ha establecido:

[...] en casos de ejecuciones extrajudiciales, la jurisprudencia de este Tribunal es inequívoca: el Estado tiene el deber de iniciar *ex officio*, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.¹⁰²

Un elemento que se presenta en este tipo de casos es que usualmente estas ejecuciones extrajudiciales vienen precedidas de actos de tortura y la desaparición forzada de la víctima.¹⁰³ Con respecto a ejecuciones extrajudiciales perpetradas en el marco de una lucha antiterrorista, en el caso *La Cantuta* la Corte IDH consideró que las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas por el aparato estatal fueron una práctica sistemática.¹⁰⁴

En lo que corresponde a las prácticas de tortura perpetradas por agentes estatales para hacer frente al fenómeno terrorista, la Corte IDH ha establecido que esta constituye

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala* (fondo), sentencia del 25 de noviembre de 2008, serie C, n.º 70, § 174.

⁹⁸ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Juan Humberto Sánchez contra Honduras* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 7 de junio de 2003, serie C, n.º 99, § 110.

⁹⁹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C, n.º 140.

¹⁰⁰ Véase Carlos Ayala Corao y María Daniela Rivero, “Artículo 4: Derecho a la vida”, en Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 112-130.

¹⁰¹ Véase *Convención Americana de Derechos Humanos*, cit. (nota 6), artículo 4.

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, serie C, n.º 134, § 223.

¹⁰³ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Cantuta contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 162, § 114-126.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

una violación al artículo 5¹⁰⁵ de la CADH.¹⁰⁶ En el caso *Cantoral Benavides*, siguiendo lo establecido en el caso *Castillo Petruzzi*, la Corte IDH decidió lo siguiente:

96. [...] la circunstancia de que un Estado sea confrontado con una situación de terrorismo no debe acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona. Específicamente, la Corte ha señalado que [t]odo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana [...] en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate.¹⁰⁷

Con respecto a los tratos crueles, inhumanos y degradantes, en el caso *Loayza Tamayo*, la Corte determinó que, durante el proceso seguido contra ella,

[...] la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas, constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana.¹⁰⁸

Sobre este aspecto, y reiterando una línea jurisprudencial, la Corte IDH hizo hincapié en el deber de garante del Estado para la protección de la integridad de la persona y la prohibición absoluta de la tortura. En este sentido, en el caso *Castro Castro*, la Corte IDH concluyó:

273. La Corte ha establecido que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia. Es posible considerar responsable al Estado por las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que sufre una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades no han realizado una investigación seria de los hechos seguida del procesamiento de quienes aparezcan como responsables de ellos.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Véase Claudio Nash, "Artículo 5: Derecho a la integridad personal", en Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 131-160.

¹⁰⁶ Véase *Convención Americana de Derechos Humanos*, cit. (nota 6), artículo 5.

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantoral Benavides contra Perú* (Fondo), cit. (nota 64), § 96.

¹⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo contra Perú* (fondo), cit. (nota 49), § 58.

¹⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 25 de noviembre de 2006, serie C, n.º 160, § 273.

En lo que corresponde al tratamiento del crimen de desaparición forzada de personas y de acuerdo a lo establecido en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,¹¹⁰ este crimen representa una violación de múltiples obligaciones de los Estados frente a la CADH. Esto quedó de manifiesto en el caso *Gómez Palomino*:

92. [...] La desaparición forzada de personas es un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreado otros delitos conexos.¹¹¹

Si la realización de este delito se lleva a cabo por agentes estatales, como en el caso *Goiburú*, la Corte IDH ha determinado la responsabilidad agravada del Estado cuando se enmarca en un patrón sistemático:

82. La responsabilidad internacional del Estado se ve agravada cuando la desaparición forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. Se trata, en suma, de un delito de lesa humanidad que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano.¹¹²

Cómo se verá a continuación, esta forma de responsabilidad agravada del Estado contribuyó a que la Corte IDH reconociera que, en ciertos contextos, algunos Estados llegaron a perpetrar el terrorismo de Estado.

3.2.3. El concepto de terrorismo de Estado en la jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH tuvo que conocer de varios casos en los que las violaciones al derecho a la vida, la integridad personal o la libertad en la lucha antiterrorista no eran hechos aislados sino que se enmarcaban en una práctica sistemática de violaciones a los derechos

¹¹⁰ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, 9 de junio de 1994, Serie sobre Tratados de la OEA n.º 60 (entró en vigor el 28 de marzo de 1996), artículo II.

¹¹¹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gómez Palomino contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, n.º 136, § 92.

¹¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Goiburú y otros contra Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 68), § 82.

humanos reconocidos en la CADH.¹¹³ Esto llevó a que la Corte IDH considerase que en algunas situaciones hubo terrorismo de Estado.¹¹⁴

Un ejemplo de este tipo de prácticas se dio a raíz de los casos que llegaron a la Corte IDH por el conflicto interno en Guatemala. En el caso *Myrna Mack*,¹¹⁵ se determinó que las violaciones sistemáticas a los derechos humanos se dieron en cumplimiento de órdenes provenientes del Estado Mayor Presidencial. Esto permitió:

139. [...] un patrón de ejecuciones extrajudiciales selectivas impulsadas por el Estado, el cual estaba dirigido a aquellos individuos considerados como “enemigos internos”. Además, desde ese entonces y hasta hoy en día, no han habido mecanismos judiciales efectivos ni para investigar las violaciones de los derechos humanos ni para sancionar a todos los responsables, todo lo cual resulta en una responsabilidad internacional agravada del Estado demandado.¹¹⁶

En el caso *Goiburú*, la Corte IDH hizo referencia a la responsabilidad del Estado de Paraguay por su actuación durante la ejecución de la Operación Cóndor¹¹⁷ y estableció una responsabilidad agravada.¹¹⁸ Sobre este punto y ante la falta de garantías judiciales, limitaciones para el ejercicio del derecho de defensa y la participación activa de agentes estatales en la detención ilegal, la tortura y la desaparición forzada de personas, la Corte IDH concluyó:

93. [...] No puede, sin embargo, dejar de señalarse que la tortura y desaparición forzada de las presuntas víctimas, cuya prohibición tiene carácter de normas inderogables de derecho internacional o jus cogens, fueron perpetradas con la colaboración de autoridades de otros Estados del continente y se encuentran parcialmente en la impunidad ante las faltas a la obligación de investigarlas. La gravedad de los hechos no puede desvincularse del contexto en que ocurrieron y es deber de esta Corte destacarlo, en atención a la preservación de la memoria histórica y a la imperante necesidad de que hechos similares no vuelvan a repetirse.¹¹⁹

¹¹³ Véase Laurence Burgorgue-Larsen y Amaya Obeda de Torres, “War in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, n.º 33, Baltimore, 2011, pp. 148-174.

¹¹⁴ Véase Ludovic Hennebel, “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, *Quebec Journal of International Law*, Hors-série 2011, Montreal, 2011, pp. 57-96.

¹¹⁵ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala* (fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 66).

¹¹⁶ *Ibidem*, § 139.

¹¹⁷ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Goiburú y otros contra Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 68), § 86-93.

¹¹⁸ *Ibidem*, § 95.

¹¹⁹ *Ibidem*, § 93.

Sin embargo, el principal aporte que la Corte IDH da en este caso es que hace referencia al concepto de terrorismo de Estado,¹²⁰ manifestado a través de la “[...] instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, ejecutada mediante la colaboración inter-estatal señalada”.¹²¹ La Corte IDH hace referencia a la responsabilidad internacional agravada del Estado por la práctica sistemática de violaciones graves a los derechos humanos para casos de ejecuciones extrajudiciales y tortura,¹²² desaparición forzada de personas¹²³ y genocidio.¹²⁴

3.2.4. Garantías Judiciales, acceso a la justicia, tribunales imparciales y legislación antiterrorista

En las secciones anteriores se ha examinado el tratamiento que la Corte IDH ha dado a casos de aplicación de medidas antiterroristas que resultaron contrarias a la CADH, el cual incluye algunos casos de terrorismo de Estado. Sin embargo, la perpetración de graves violaciones a los derechos humanos fue solamente una parte del examen de la Corte IDH, dado que este tribunal también se refirió a la imposibilidad o incapacidad del Estado para investigar y sancionar a los responsables de estos crímenes internacionales. Es por la violación, en muchos casos flagrante, de los artículos 8¹²⁵ y 25¹²⁶ de la CADH,¹²⁷ que la Corte IDH ha desarrollado una jurisprudencia sobre terrorismo y

¹²⁰ *Ibidem*, § 66 y 72.

¹²¹ *Ibidem*, § 66.

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 67), § 76 y 89.

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Molina Theissen contra Guatemala* (reparaciones y costas), sentencia del 3 de julio de 2004, serie C, n.º 108, § 41.

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala* (fondo), sentencia del 29 de abril de 2004, serie C, n.º 105, § 51.

¹²⁵ Véase Juana María Ibáñez Rivas, “Artículo 8: Garantías judiciales”, en Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 207-254.

¹²⁶ Véase Juana María Ibáñez Rivas, “Artículo 25: Protección Judicial”, en Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 606-653.

¹²⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, cit. (nota 6), artículos 8 y 25.

persecución nacional de crímenes internacionales. Esto a su vez ha repercutido en el desarrollo de todo un sistema de reparaciones,¹²⁸ a la luz del artículo 63 de la CADH.¹²⁹

Sobre este aspecto, la Corte IDH ha identificado un patrón común en las legislaciones antiterroristas que afectaban el derecho de defensa y la presunción de inocencia. En algunos casos, concluyó que la determinación del fuero interno competente afectaba esta presunción de inocencia. En el caso *Loayza Tamayo*,¹³⁰ la Corte IDH consideró que el proceso por traición a la patria llevado adelante por un tribunal militar afectaba la imparcialidad y la presunción de inocencia de la persona. Sobre este punto, en el caso *García Asto y Ramírez Rojas*,¹³¹ la Corte no se limitó a reiterar la importancia de la presunción de inocencia en un proceso, sino que estableció la necesidad de un control judicial inmediato:

109. [...] el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia.¹³²

Las medidas antiterroristas destinadas a procesar a los presuntos responsables de estos delitos no solo afectaron la presunción de inocencia, sino que incluyeron una serie de medidas para limitar el derecho de defensa y protección judicial, tales como a) procesos sumarios con dificultades para que los abogados preparen su defensa y puedan presentar pruebas;¹³³ b) limitada comunicación con los representados;¹³⁴ c) limitación para interrogar a testigos y obtener peritos;¹³⁵ d) imposibilidad de recurrir un fallo o

¹²⁸ Véase Salvador Herencia Carrasco, "Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai Ambos, Gisela Elsner y Ezequiel Malarino (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo 2, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 381-402.

¹²⁹ Convención Americana de Derechos Humanos, cit. (nota 6), artículo 63.

¹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo contra Perú* (fondo), cit. (nota 49), § 63.

¹³¹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso García Asto y Ramírez Rojas contra Perú*, cit. (nota 88).

¹³² *Ibidem*, § 109.

¹³³ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 51), § 141.

¹³⁴ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantoral Benavides contra Perú* (fondo), cit. (nota 64), § 125-128.

¹³⁵ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Lori Berenson contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 25 de noviembre de 2004, serie C, n.º 119, § 183-186.

el derecho a la doble instancia;¹³⁶ e) tortura como medio para obtener la confesión del inculpado;¹³⁷ f) violación al principio de que nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo hecho,¹³⁸ o g) falta de publicidad del proceso penal,¹³⁹ entre otras medidas. Sobre estas restricciones, la Corte IDH ha establecido de forma reiterada la siguiente regla:

210. Las medidas eficaces de lucha contra el terrorismo deben ser complementarias y no contradictorias con la observancia de las normas de protección de los derechos humanos. Al adoptar medidas que busquen proteger a las personas bajo su jurisdicción contra actos de terrorismo, los Estados tienen la obligación de garantizar que el funcionamiento de la justicia penal y el respeto a las garantías procesales se apeguen al principio de no discriminación.¹⁴⁰

Precisamente esta falta de garantías ha llevado al desarrollo de una de las líneas jurisprudenciales que más influencia han tenido en los Estados parte de la CADH, referida a la competencia de los tribunales militares para procesar y juzgar responsables de cometer delitos de terrorismo. La primera preocupación de la Corte IDH sobre este aspecto fue con respecto a la imparcialidad de los integrantes de un tribunal militar.

En este sentido, en el caso *Castillo Petruzzi* la Corte IDH determinó que el juicio del delito de traición a la patria por tribunales militares a civiles constituye una violación al derecho al juez natural y la protección judicial:

128. El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al

¹³⁶ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 51), § 161.

¹³⁷ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantoral Benavides contra Perú* (fondo), cit. (nota 64), § 104 y 132.

¹³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo contra Perú* (fondo), cit. (nota 49), § 76.

¹³⁹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 51), § 172.

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) contra Chile* (fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 53), § 210.

juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.¹⁴¹

En el caso *Durand y Ugarte*,¹⁴² esto fue reiterado y analizando el contexto peruano. Precisó la Corte IDH que los tribunales militares que conocieron los delitos cometidos en la cárcel El Frontón eran parte de “un alto Organismo de los Institutos Armados” y los militares que integraban dichos tribunales “eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial”.¹⁴³

Por este motivo es que en el caso *Almonacid Arellano* la Corte IDH concluyó que, bajo la CADH, la competencia del fuero militar debe circunscribirse a aquellas conductas que exclusivamente afectan los bienes jurídicos militares:

131. El Tribunal ha establecido que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.¹⁴⁴

Como aspecto final de esta sección, es importante hacer referencia al impacto que la Corte IDH ha tenido en el análisis de las leyes de amnistía, así como de cualquier medida legislativa cuyo propósito sea investigar o sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. En este sentido, la principal sentencia sobre esta materia es el caso *Barrios Altos*, donde estableció:

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones

¹⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petrucci y otros contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 51), § 128.

¹⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Durand y Ugarte contra Perú* (fondo), sentencia del 16 de agosto de 2000, serie C, n.º 68.

¹⁴³ *Ibidem*, § 126.

¹⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 131.

forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹⁴⁵

Un aspecto importante de este caso es que posteriormente la Corte IDH decidió que esta regla tenía efectos generales *vis-à-vis* la CADH y que no se limitaba únicamente al caso concreto.¹⁴⁶ Posteriormente, en el caso *Almonacid Arellano*, la Corte IDH fue más allá, y estableció que el Decreto Ley de Amnistía General en Chile, cuyo fin era evitar la investigación de los delitos perpetrados a raíz del golpe de Estado de 1973, carecía de efectos jurídicos:

119. Leyes de amnistía con las características descritas conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile.¹⁴⁷

Los efectos de las diversas sentencias de la Corte IDH en el tratamiento de la legislación antiterrorista han generado una serie de reformas con el objetivo de que estas normas estén en concordancia con los postulados de la CADH y del derecho internacional de los derechos humanos en general. En la práctica, estas sentencias han sido un elemento importante en la creación de comisiones de la verdad, en la derogación de normas que impedían la investigación y sanción de crímenes internacionales, e incluso han fomentado la desclasificación de documentos reservados, contribuyendo no solo a procesos penales sino también al desarrollo de la memoria histórica.

Sin embargo, esto no implica que las actuales legislaciones antiterroristas de los Estados Parte estén en plena concordancia con los derechos humanos. Los casos descritos se han centrado en procesos complejos de la historia reciente de América Latina, en la

¹⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos contra Perú* (fondo), cit. (nota 50), § 41.

¹⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos contra Perú* (interpretación de la sentencia de fondo), sentencia del 3 de septiembre de 2001, serie C, n.º 83, punto resolutive 2.

¹⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 144), § 119.

cual los Estados debían hacer frente a organizaciones terroristas o a grupos armados al margen de la ley. A pesar de que en países que siguen con problemas de guerrilla (Colombia) o de organizaciones criminales que afectan la propia estabilidad democrática de algunos Estados, el enfoque o la preocupación de la política antiterrorista se ha desviado hacia grupos indígenas u organizaciones que rechazan las actividades extractivas en sus territorios.¹⁴⁸

En este sentido, el caso *Norín Catrimán* es el primero de una posible nueva ola de casos que están actualmente en el SIDH. En este, la Corte IDH determinó la responsabilidad del Estado chileno al establecer que en la aplicación de la legislación antiterrorista, entre el 2000 y el 2013, de los 19 casos presentados por el Ministerio Público, 12 se relacionaban con asuntos de tierras del pueblo mapuche.¹⁴⁹ Sobre este aspecto, la Corte IDH afirmó:

421. [...] las sentencias condenatorias expedidas en contra de las ocho víctimas de este caso —determinando su responsabilidad penal por delitos de carácter terrorista— fueron emitidas fundándose en una ley violatoria del principio de legalidad y del derecho a la presunción de inocencia, impusieron penas accesorias que supusieron restricciones indebidas y desproporcionadas al derecho a la libertad de pensamiento y expresión y al ejercicio de los derechos políticos. Adicionalmente, la Corte encontró que en la fundamentación de las sentencias condenatorias se utilizaron razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios, lo cual configuró una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley.¹⁵⁰

Como conclusión de esta sección, se puede sostener que, más allá de la importancia que la Corte IDH ha tenido en el desarrollo de una jurisprudencia sobre terrorismo y derechos humanos, este tipo de casos seguirán llegando al SIDH. Sea por los casos de violaciones cometidos en el pasado o sea por el enfoque de la nueva legislación antiterrorista hacia otros actores, corresponde a los Estados parte de la CADH la orientación de políticas que permitan afrontar el fenómeno terrorista en concordancia con principios de separación de poderes y respeto a las instituciones democráticas.

¹⁴⁸ Véase Grupo de Trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina, *El impacto de la minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de Canadá*, Washington D. C.: DPLF, 2014.

¹⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) contra Chile* (fondo, reparaciones y costas), cit. (nota 53), § 83.

¹⁵⁰ *Ibidem*, § 421.

4. Conclusiones

El objeto del presente ensayo fue analizar el trabajo que tanto la OEA como el SIDH han realizado en el tratamiento del terrorismo. En el ámbito político y de articulación regional, se debe resaltar la adopción de dos tratados interamericanos sobre la materia, así como la creación de un organismo técnico de articulación regional. El enfoque de estos instrumentos ha priorizado la cooperación internacional y el fortalecimiento de capacidades para la seguridad regional. Sin embargo, la limitación de recursos y de una mayor articulación acota el impacto que este marco jurídico e institucional pueda tener para el desarrollo de prácticas de prevención. Un reto que sigue pendiente es la adopción de una definición común de terrorismo. Sin embargo, el consenso sobre las prácticas que constituyen terrorismo sirve de base para un trabajo articulado en la región.

En el SIDH, tanto la Com IDH como la Corte IDH han tratado la relación del terrorismo con la protección de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha desarrollado una amplia jurisprudencia que ha permitido llevar adelante reformas legales e institucionales en los Estados parte de la CADH. Sin embargo, el fenómeno del terrorismo sigue representando un reto para el sistema y para los Estados. Junto con el deber de garante frente al derecho a la vida, la libertad, la seguridad y la integridad personal, la Corte IDH conocerá de casos que afectan los derechos de las personas a la privacidad y la intimidad, y a la igualdad y la no discriminación frente a estas nuevas regulaciones.

Bibliografía

Tratados internacionales

Carta de la Organización de Estados Americanos, 30 de abril de 1948, Pan-American Union, Law and Treaty Series n.º 23, IX Conferencia Internacional de Estados Americanos (entró en vigor el 13 de diciembre de 1951).

Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123, 9 ILM 99 (entró en vigor el 7 de julio de 1978).

Convención Interamericana contra el Terrorismo, 6 de marzo de 2002, 42 ILM 19, AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), Trigésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA (entró en vigor el 10 de julio de 2003).

- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, 9 de junio de 1994, Serie sobre Tratados de la OEA n.º 60 (entró en vigor el 28 de marzo de 1996).
- Convención para la Prevención y Sanción del Terrorismo, 16 de noviembre de 1937, Sociedad de las Naciones.
- Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estas tengan Trascendencia Internacional, 2 de febrero de 1971, 194 UNTS 1438, Tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.
- Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, 14 de diciembre de 1973, UNTS 1035 (entró en vigor el 20 de febrero de 1977).
- Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, 2 de septiembre de 1947, Serie sobre Tratados de la OEA n.º 8 y 61 (entró en vigor el 3 de diciembre de 1948).

Instrumentos internacionales

- ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, *Acción y política general de la Organización respecto de los actos de terrorismo y, en especial, el secuestro de personas y la extorsión conexa con ese delito*, 30 de junio de 1970, AG/RES. 4 (I-E/70). Disponible en <http://scm.oas.org/pdfs/2007/agres-4-I-E-70.pdf>.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, 7 de junio de 1999, *Cooperación hemisférica para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo*, AG/RES. 1650 (XXIX-O/99).
- ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, 7 de junio de 1996, *Declaración de Lima para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo*, AG/RES. 1399 (XXVI-O/96).
- ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, 28 de octubre de 2003, *Declaración de seguridad en las Américas*, OEA/Ser.K/XXXVIII CES/DEC. 1/03 rev.1.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, 6 de junio de 2006, *La extradición y la denegación de refugio a los terroristas: Mecanismos de cooperación en la lucha contra el terrorismo*, AG/RES. 2249 (XXXVI-O/06).
- ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, 6 de junio de 2006, *La protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, AG/RES. 2238 (XXXVI-O/06).
- Carta Democrática Interamericana, 11 de septiembre de 2001, OEA/Ser.P/AG/RES.1 (XXVIII-E/01), 28th Spec. Sess.
- COMITÉ INTERAMERICANO CONTRA EL TERRORISMO, 19 de marzo de 2010, *Declaración sobre colaboración público-privada en la lucha contra el terrorismo*, CICTE/DEC.I/10 (OEA/Ser.L/X.2.10).
- COMITÉ INTERAMERICANO CONTRA EL TERRORISMO, 6 de marzo de 2009, *Declaración sobre el fortalecimiento de los controles fronterizos y la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo*, AG/RES. 2459 (XXXIX-O/09).

COMITÉ INTERAMERICANO CONTRA EL TERRORISMO, 13 de marzo de 2013, *Declaración sobre el fortalecimiento de la cooperación hemisférica para enfrentar la financiación del terrorismo y el lavado de activos*, CICTE/ DEC. 1/13 (OEA/Ser.L/X.2.13).

COMITÉ INTERAMERICANO CONTRA EL TERRORISMO, 26 de febrero de 2014, *Informe del presidente del Comité Interamericano contra el Terrorismo ante la Organización de Estados Americanos*, CICTE/doc.6/14 (OEA/Ser.L/X.2.14).

COMITÉ INTERAMERICANO CONTRA EL TERRORISMO, 9 de marzo de 2012, *Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad cibernética en las Américas*, CICTE/DEC.1/12 rev. 1 (OEA/Ser.L/X.2.12).

CONSEJO PERMANENTE DE LA OEA, 9 de mayo de 2006, *Recomendaciones para la protección de los derechos humanos por parte de los Estados miembros de la OEA en la lucha contra el terrorismo* (documento presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), CP/doc. 4117/06 (OEA/Ser.G).

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, OAS Res. XXX, reimpresa en *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, OAS/Ser.L/V/I.4 Rev. 9 (2003); 43 AJIL Supp. 133 (1949).

Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, *Amenaza terrorista en las Américas*, Vigésima Cuarta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, OEA/Ser.F/II.24, RC.24/RES.1/1, 21 de septiembre de 2001.

Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154.

Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 2 de febrero de 2001, serie C, n.º 72.

Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala (fondo), sentencia del 25 de noviembre de 2008, serie C, n.º 70.

Caso Barrios Altos contra Perú (fondo), sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75.

Caso Barrios Altos contra Perú (interpretación de la sentencia de fondo), sentencia del 3 de septiembre de 2001, serie C, n.º 83.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cantoral Benavides contra Perú* (fondo), sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C, n.º 69.

Caso La Cantuta contra Perú (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 162.

Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, n.º 52.

- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 21 de noviembre de 2007, serie C, n.º 170.
- Caso De la Cruz Flores contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 18 de noviembre de 2004, serie C, n.º 115.
- Caso Durand y Ugarte contra Perú* (fondo), sentencia del 16 de agosto de 2000, serie C, n.º 68.
- Caso García Asto y Ramírez Rojas contra Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2005, serie C, n.º 137.
- Caso Goiburú y otros contra Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 22 de septiembre de 2006, serie C, n.º 153.
- Caso Gómez Palomino contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, n.º 136.
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 8 de julio de 2004, serie C, n.º 110.
- Caso Juan Humberto Sánchez contra Honduras* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 7 de junio de 2003, serie C, n.º 99.
- Caso Kimel contra Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 2 de mayo de 2008, serie C, n.º 177.
- Caso Loayza Tamayo contra Perú* (fondo), sentencia del 17 de septiembre de 1997, serie C, n.º 33.
- Caso Lori Berenson contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 25 de noviembre de 2004, serie C, n.º 119.
- Caso de la Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, serie C, n.º 134.
- Caso Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala* (fondo), sentencia del 29 de abril de 2004, serie C, n.º 105.
- Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C, n.º 140.
- Caso Molina Theissen contra Guatemala* (reparaciones y costas), sentencia del 3 de julio de 2004, serie C, n.º 108.
- Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101.
- Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) contra Chile* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 29 de mayo de 2014, serie C, n.º 279.
- Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 25 de noviembre de 2006, serie C, n.º 160.
- Caso Ricardo Canese contra Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, n.º 111.
- Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras* (fondo), sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4.

La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva del 9 de mayo de 1986, serie A, n.º 6.

Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva oc-9/87 del 6 de octubre de 1987, serie A, n.º 9.

Literatura

AMBOS, Kai, y Ezequiel MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.

ANTKOWIAK, Thomas: “Artículo 9: Principio de legalidad y de retroactividad”, en Christian STEINER y Patricia URIBE (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 255-262.

AYALA CORAO, Carlos, y María Daniela RIVERO, “Artículo 4: Derecho a la Vida”, en Christian STEINER y Patricia URIBE (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 112-130.

BAZÁN CHACÓN, Iván, “El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú: una evaluación preliminar”, *Ars Boni et Aequi*, n.º 2, Santiago, 2011, pp. 283-317.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, y Amaya Obedea de Torres, “War in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, n.º 33, Baltimore, 2011, pp. 148-174.

CARO CORIA, Dino Carlos, “Perú”, en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.), *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 271-306.

CERNA, Christina M., “The Role and Legal Framework of the Inter-American Commission on Human Rights in Securing Justice for Victims”, en Ana María SALINAS DE FRÍAS, Katja SAMUEL y Nigel D. White (eds.), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Nueva York: Oxford University Press, 2012, pp. 811-837.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Washington D. C.: Com IDH, 2002.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “The Inter-American Court of Human Rights’ Perspective on Terrorism”, en Ana María SALINAS DE FRÍAS, Katja SAMUEL y Nigel D. WHITE (eds.), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Nueva York: Oxford University Press, 2012, pp. 785-810.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE MINERÍA Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA, *El impacto de la minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de Canadá*, Washington D. C.: DPLF, 2014.

- HENNEBEL, Ludovic, "The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism", *Quebec Journal of International Law*, Hors-série 2011, Montreal, 2011, pp. 57-96.
- HERENCIA CARRASCO, Salvador, "El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai AMBOS, Gisela ELSNER y Ezequiel MALARINO (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo 1, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 359-378.
- "Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai AMBOS, Gisela ELSNER y Ezequiel MALARINO (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo 2, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 381-402.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, "Artículo 8: Garantías judiciales", en Christian STEINER y Patricia URIBE (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 207-254.
- "Artículo 25: Protección judicial", en Christian STEINER y Patricia URIBE (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 606-653.
- LAGOS, Enrique, y Timothy D. RUDY, "Latin America: Views on Contemporary Issues in the Region Preventing, Punishing, and Eliminating Terrorism in The Western Hemisphere: A Post-9/11 Inter-American Treaty", *Fordham International Law Journal*, n.º 26, Nueva York, 2003, pp. 1619-1648.
- MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis: "El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai AMBOS, Gisela ELSNER y Ezequiel MALARINO (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo 1, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 171-192.
- NASH, Claudio, "Artículo 5: Derecho a la integridad personal", en Christian STEINER y Patricia URIBE (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 131-160.
- RODRÍGUEZ, Gabriela, "Artículo 30: Alcance de las restricciones", en Christian STEINER y Patricia URIBE (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 715-718.
- SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo: "La respuesta de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en graves violaciones a los derechos humanos y sus consecuencias", en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo, 1979-2004*, San José (Costa Rica): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 385-413.
- SCALABRINO, Michelangela, "Fighting Against International Terrorism: The Latin American Response", en Andrea BIANCHI (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Londres: Hart, 2004, pp. 183-190.

- SANTALLA VARGAS, Elizabeth, “La múltiple faceta de la tortura y los “otros tratos” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los tribunales penales internacionales”, en Kai AMBOS, Gisela ELSNER y Ezequiel MALARINO (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo 1, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 229-262.
- SAUL, Ben, “Compensation for Unlawful Death in International Law: A Focus on the Inter-American Court of Human Rights”, *American University International Law Review*, n.º 19, Washington D. C., 2004, pp. 523-585.
- SOSSAI, Mirko, “The Legal Response of the Organisation of American States in Combating Terrorism”, en Ben SAUL (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, pp. 701-716.
- TITTEMORE, Brian D., “Ending Impunity in the Americas: The Role of the Inter-American Human Rights System in Advancing Accountability for Serious Crimes Under International Law”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, n.º 12, Los Angeles, 2006, pp. 429-475.
- TRAPP, Kimberly, “Terrorism and the International Law of State Responsibility”, en Ben SAUL (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, pp. 39-56.

II.

INFORMES NACIONALES

REPRESIÓN Y PREVENCIÓN DEL TERRORISMO EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

César Alfonso

RESUMEN. Las figuras de terrorismo, de asociación terrorista y de financiamiento del terrorismo fueron incorporadas en forma relativamente reciente al ordenamiento jurídico paraguayo. El informe propone un análisis de los lineamientos principales de la tipicidad de estos hechos punibles, así como una descripción de las medidas preventivas existentes, de los actores que participan tanto en la prevención como en la represión del fenómeno y de la problemática interna en relación con la materia.

Palabras clave: legislación paraguaya sobre terrorismo, elementos del tipo de terrorismo, asociación terrorista, financiamiento.

ABSTRACT. The crimes of terrorism, terrorist association and financing of terrorism were included quite recently in the Paraguayan legal system. This report proposes an analysis of the main aspects of the legal description of these punishable acts, as well as a description of existing preventive measures, the agents who participate in both the prevention and the repression of this phenomenon and other relevant issues with regard to the topic.

Key words: Paraguayan laws on terrorism, elements of the statutory definition of terrorism, terrorist association, financing of terrorism.

ZUSAMMENFASSUNG. Die Rechtsfiguren Terrorismus, terroristische Vereinigung und Finanzierung des Terrorismus wurden erst vor relativ kurzer Zeit in die paraguayische Rechtsordnung aufgenommen. Der Bericht analysiert die wesentlichen Elemente der Straftatbestände dieser Verbrechen und beschreibt die existierenden Präventivmaßnahmen, die für die Prävention und Strafverfolgung zuständigen Akteure sowie die dem Thema zugrundeliegende Problematik.

Schlagwörter: Paraguaysche Anti-Terror-Gesetzgebung, Straftatbestände des Terrorismus, terroristische Vereinigung, Finanzierung.

1. Introducción

El Código Penal de la República del Paraguay vigente hasta noviembre de 1998 no tipificaba conducta alguna bajo el nombre de *terrorismo* ni tampoco contenía ningún tipo legal en el que se utilizara la expresión.

La ley 1015, “para la prevención y represión de actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes”, sancionada en 1996, incorporó una definición de “grupo terrorista”, expresión empleada en la tipificación del hecho punible de “lavado de dinero o bienes” contenida en esta ley.¹

El 28 de noviembre de 1998 entró en vigencia el nuevo Código Penal de la República del Paraguay, que tampoco tipifica conducta alguna bajo el título de *terrorismo* ni contiene la expresión en otro tipo legal.

En el año 2003, por ley 2302/03, se aprobó la Convención Interamericana contra el Terrorismo y al año siguiente, por ley 2381/04, el Convenio Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo. El Estado paraguayo asumía así el compromiso de incorporar a su legislación ciertas medidas represivas y preventivas.

En este sentido, el Congreso Nacional sancionó, en forma relativamente reciente, la ley 4024, “que castiga los hechos punibles de terrorismo, asociación terrorista y financiamiento del terrorismo”, que entró en vigor el 24 de junio de 2010, y al año siguiente también la ley especial 4503, “de la inmovilización de fondos o activos financieros”, cuya entrada en vigencia data del 28 de octubre de 2011. Estas dos leyes componen el marco legal interno que específicamente regula la materia *terrorismo*.

El significado de *terrorismo* es vago. No existe una definición uniforme o generalmente aceptada en el ámbito internacional.² A fin de precisar este significado según la legislación interna, en el presente informe se analiza la tipificación realizada, así como las figuras de *asociación terrorista* y *financiamiento del terrorismo*. Luego se examinan las medidas legales concebidas como herramientas específicas para la prevención de actos de terrorismo. Seguidamente se describen los actores involucrados tanto en la represión, como en la prevención del terrorismo, y por último se describen las características de la problemática relativa al fenómeno que se vive en el ámbito interno.

¹ El “lavado de dinero” se encuentra actualmente previsto y penado en el artículo 196 CP.

² K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, tomo II: “The Crimes and Sentencing”, Nueva York: Oxford University Press, 2014, pp. 228, 229; K. Ambos, “Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano. ¿Es el terrorismo un crimen internacional?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 7, 2012, pp. 143 (151); F. Neubacher, “Terrorismus - Was haben Rote Armee Fraktion und Jihadisten gemeinsam?”, *Juristische Ausbildung*, 2010, p. 745.

2. Tipificación del terrorismo

2.1. Tipicidad

2.1.1. Elementos objetivos

La ley 4024/10, en su artículo 1.º, incorpora un listado de conductas ya previstas como hechos punibles en la legislación interna.

En el numeral 1 se mencionan los hechos punibles de genocidio, homicidio y lesión grave, previstos respectivamente en los artículos 319, 105³ y 115 del Código Penal (CP).⁴

En los seis numerales siguientes se hace referencia al nombre del capítulo en el que se encuentran previstas las figuras, con la indicación de la numeración del artículo correspondiente.

En el numeral 2 se hace referencia a los hechos punibles contra la libertad, específicamente a aquellos de extrañamiento de personas, secuestro y toma de rehenes, previstos en los artículos 125, 126 y 127 CP, respectivamente.⁵

En el numeral 3 se listan los hechos punibles contra las bases naturales de la vida humana —de ensuciamiento y alteración de las aguas, contaminación del aire, procesamiento ilícito de desechos e ingreso de sustancias nocivas en el territorio nacional—, previstos en los artículos 197, 198, 200 y 201 CP.⁶

En el numeral 4 se enumeran los hechos punibles contra la seguridad de las personas frente a riesgos colectivos; específicamente la producción de riesgos comunes y el envenenamiento de cosas de uso común, previstos en los artículos 203 y 212 CP.

En el numeral 5 se alude a hechos punibles contra la seguridad de las personas en el tránsito; concretamente, a atentados al tráfico civil aéreo y naval, a intervenciones peligrosas en el tráfico aéreo, naval y ferroviario, a la exposición a peligro del tráfico aéreo, naval y ferroviario, y a intervenciones peligrosas en el tránsito terrestre, previstos en los artículos 213, 214, 215 y 216 CP.

³ El artículo 105 CP fue modificado por la ley 3440/08.

⁴ Código Penal de la República del Paraguay, ley 1160/98.

⁵ Todas estas disposiciones fueron modificadas por la ley 3440/08.

⁶ El artículo 198 CP fue modificado por la ley 3440/08.

En el numeral 6 se mencionan tres figuras contenidas en el capítulo de los hechos punibles contra el funcionamiento de instalaciones imprescindibles, a saber: la perturbación de servicios públicos, el daño a instalaciones hidráulicas y la perturbación de instalaciones de telecomunicaciones, previstos en los artículos 218, 219 y 220 CP, respectivamente.

Por último, en el numeral 7 se menciona una figura contenida en el capítulo de los hechos punibles contra la constitucionalidad del Estado y el sistema electoral, que es la de sabotaje, prevista en el artículo 274 CP, y una figura contenida en el capítulo de los hechos punibles contra la seguridad externa del Estado, que es la del sabotaje a los medios de defensa, prevista en el artículo 288 CP.

De la especificación que se realiza (indicación del capítulo respectivo y número de artículo) puede derivarse que se trata de un listado taxativo. Se habría utilizado simplemente la expresión “El que, con el fin ..., realizare o intentare un hecho punible...”, si no se hubiese querido limitar las figuras.

El texto permite derivar que el tipo de *terrorismo* puede ser realizado por un solo autor y que este no requiere cualificación alguna, por lo que podría abarcar tanto autores privados, como autores estatales. A este respecto cabe mencionar que existen puntos de vista que excluyen a los autores estatales del concepto de terrorismo.⁷

⁷ Véase la definición de Hans-Dieter Schwind, citada en Neubacher, o. cit., p. 744 (745): “*Terrorismus ist ein (primär) politisch motiviertes (auch religiös codiertes) Verhalten einer nichtstaatlichen Gruppe (ohne demokratische Wahlschancen), das darauf abzielt, durch Gewaltakte gegen Personen und (oder) Sachen Menschen (insbesondere die politische Führung demokratischer Staaten) unter Zwang zu stellen oder zu vernichten, um auf diese Weise ihren Willen durchzusetzen*”. [El Terrorismo es un comportamiento de un grupo no estatal (sin chances de elección por la vía democrática) que tiene (primariamente) motivos políticos (o también religiosos), que aspira, por medio de actos de violencia contra personas y (o) cosas, coaccionar o eliminar a personas (en especial a la conducción política de estados democráticos), para así imponer su voluntad’. Traducción propia.] Véase también Kauffman, P. K., “Terrorismus im Wandel - Auslegung des Begriffs Terrorismus im Lichte des Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten”, *Juristische Ausbildung*, 2011, pp. 257 (263, 264): “*Terrorismus ist eine durch hierarchisch organisierte, nicht-staatliche Vereinigungen oder einen Einzeltäter, dessen Zugehörigkeit zu einer Vereinigung nicht nachweisbar ist, planmäßig angelegte und vorsätzlich begangene Anwendung oder Androhung von Straftaten gegen Leib, Leben, Freiheit oder sonstiger Gewaltmethoden gegen Personen, die geeignet ist, Allgemeinrechtsgüter eines Staates oder einer Internationaler Organisation zu beeinträchtigen oder Grundstrukturen zu beseitigen, und die dazu bestimmt ist, bei der Bevölkerung den psychischen Effekt eines Schreckenszustands hervorzurufen oder aufrecht zu erhalten, um die geplanten spezifisch-subjektiven-nicht notwendigerweisen politischen – Zielvorstellungen durchzusetzen*”. [El terrorismo es una utilización o amenaza de hechos punibles contra la integridad física, la vida, la libertad u otros métodos de violencia contra personas, en forma dolosa y planificada, por parte de asociaciones no estatales, jerárquicamente organizadas o de un solo autor, cuya pertenencia a una asociación no necesita ser probada, que es adecuada para menoscabar bienes jurídicos de un Estado o de una organización internacional o de eliminar estructuras fundamentales, que es determinada para causar

En el texto de la disposición se hace mención a que los hechos punibles arriba individualizados se encuentran “[...] previstos en la Ley Nro. 1160/97 CÓDIGO PENAL y su modificación, la Ley Nro. 3440/08 [...]”. La formulación no resulta muy feliz, ya que puede dar a entender que algunas de las figuras se encuentran previstas en la primera ley mencionada y otras en la segunda, pero este no es el caso. La ley 3440 solo introduce algunas modificaciones a las disposiciones del Código Penal. Al parecer, se pretendía dejar en claro que se hacía referencia a la versión más reciente, lo que pudo obviarse sin riesgo de generar confusiones por el principio según el cual *lex posterior derogat priori*.

2.1.2. Elementos subjetivos

El autor debe realizar el o los elementos subjetivos de los tipos enunciados. En caso de homicidio, por ejemplo, según el artículo 105, inciso 1.º, CP, el autor debe obrar con dolo.⁸ Si se trata de un genocidio,⁹ a más del dolo deberá obrar “con la intención de destruir, total o parcialmente, una comunidad o un grupo nacional, étnico, religioso o social”. Los momentos internos del autor respecto a los tipos listados pueden ser designados con la expresión “elemento subjetivo general”.¹⁰

Corresponde notar que en algunas de las disposiciones listadas existen supuestos de conducta culposa. Puede citarse el caso de la remisión a los artículos 212 y 215 CP.¹¹ De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 CP, debe entenderse, no obstante, que la remisión solo se refiere a los supuestos de conductas dolosas.

A más del presupuesto indicado más arriba, el artículo 1.º de la ley 4024/10 requiere en un plano subjetivo que el autor haya obrado “con el fin de infundir o causar terror, obligar o coaccionar para realizar un acto o abstenerse de hacerlo, a: 1. la población paraguaya o a la de un país extranjero; 2. los órganos constitucionales o sus miembros en el ejercicio de sus funciones; o, 3. una organización internacional o sus representantes”.

Siguiendo la terminología empleada, estos elementos pueden ser designados con la expresión *elemento subjetivo especial*. A los efectos distinguir las dos finalidades referidas,

o mantener en la población un efecto psíquico de terror, para imponer el objetivo específico-subjetivo planeado —no necesariamente político—. Traducción propia.]

⁸ Véase el artículo 17 CP (Conducta dolosa y culposa): “1.º Cuando la ley no sancionara expresamente la conducta culposa, será punible sólo la conducta dolosa”.

⁹ Véase el artículo 319 CP.

¹⁰ Véase esta terminología en Ambos, “Creatividad...”, o. cit., p. 143 (156-157).

¹¹ Véanse los numerales 4 y 5 del artículo 1.º de la ley 4024.

puede describirse la primera como *elemento subjetivo especial general* y la segunda como *elemento subjetivo especial especial*.¹² Debe tenerse presente que las dos finalidades se encuentran unidas con la conjunción *o*, lo que indicaría que la concurrencia de alguna de ellas bastaría para realizar el tipo.

2.2. Tentativa

El artículo 1.º de la ley 4024 expresa: “El que [...] realizare o intentare los siguientes hechos punibles [...]”. Para comprender esta construcción es útil el artículo 14, inciso 1.º, numeral 11, CP, que define: “emprendimiento: el hecho punible sancionado con la misma pena para la consumación y la tentativa”.

Este tipo de formulación se basa en una técnica de tipificación utilizada en el Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch* [StGB]), fuente importante del CP. En la ley fuente existen tipos penales que se caracterizan por que su formulación contiene el término *Unternehmen* (‘emprendimiento’ o, más precisamente, la forma verbal de la palabra). El § 11, I, 6 StGB define el “emprendimiento de un hecho” como “su tentativa o su consumación”.¹³

Los tipos legales que poseen esta característica son denominados *Unternehmenstatbestände* (‘tipos de emprendimiento’). De acuerdo a la opinión mayoritaria en la doctrina en Alemania, opinión compartida en la jurisprudencia, los tipos de emprendimiento no incorporan novedad alguna en cuanto a los comportamientos abarcados. En otros términos, los mismos comportamientos serían punibles si se optara por la técnica usual. Su especialidad radica más bien en que permiten tratar de manera más severa conductas que según las reglas generales constituyen una tentativa. Esto consiste más propiamente en la exclusión de las posibilidades de atenuación previstas en el § 23, II y III, StGB, así como en la exclusión de la posibilidad de un efecto liberador de pena como consecuencia de un desistimiento, de acuerdo al § 24 StGB.¹⁴

Se plantea la interrogante de si a la *técnica del emprendimiento* en el CP se le reconoce el mismo *rendimiento* que la opinión mayoritaria le otorga a este tipo de disposiciones en Alemania.

¹² Véase esta terminología en Ambos, “Creatividad...”, o. cit., p. 143 (156-157).

¹³ § 11 I Nr. 6 StGB, “Unternehmen einer Tat: deren Versuch und deren Vollendung”.

¹⁴ Basta con ver W. Mitsch, “Das Unternehmensdelikt”, *Juristische Ausbildung*, 2012, pp. 526 ss.

En el ordenamiento nacional, a diferencia de lo que ocurre en el StGB, no se emplea el término *empresario* en el texto de los tipos legales, sino los conceptos de *consumación* y *tentativa*. Esto se debió probablemente a que el término *empresario* no era usual en el ámbito nacional.

Por el motivo expresado, siguiendo por ejemplo la opinión de Zieschang respecto al § 315 StGB, podría proponerse que las disposiciones que benefician al autor de una tentativa no deberían excluirse.¹⁵

Esta interpretación no resulta sostenible (al menos no completamente), ya que —de seguirla— el empleo de la expresión *tentativa* en el texto sería completamente superfluo. Cuando se trata de crímenes (como es el caso del terrorismo), la tentativa es siempre punible. Es decir que todas las reglas generales de la tentativa podrían ser aplicables, independientemente de que se emplee el término *tentativa* en el artículo 1.º de la ley 4024.

De esto puede deducirse que esta redacción persigue alguna finalidad adicional a la de dejar en claro que la tentativa es punible. Si se atiende al texto del citado artículo 14, inciso 1.º, numeral 11, CP, puede derivarse en este sentido que el marco penal debe ser el mismo para la tentativa y la consumación.

Esto tiene relevancia práctica solo para los supuestos de tentativa inacabada. Para los casos de tentativa acabada —ya de acuerdo a las reglas generales— debe utilizarse el marco penal previsto para el hecho consumado, mientras que para la tentativa inacabada se prevé una atenuación obligatoria.¹⁶ Entonces, al configurar el tipo de terrorismo como un tipo de *empresario*, una primera consecuencia práctica sería que en los casos de tentativa inacabada no rige la regla para la atenuación del marco legal.

Se plantea luego la pregunta de si la concurrencia de un desistimiento de la tentativa tendría un efecto liberador de pena.¹⁷

En el derecho alemán se niega mayoritariamente esta posibilidad con el argumento de que se trata de un caso de consumación formal. Otro argumento esgrimido para justificar esta solución es que la construcción tiene el objetivo de equiparar la tentativa con la consumación. Como en los casos de consumación no se aplican las reglas de la tentativa, entonces no corresponde la utilización de las reglas del desistimiento.¹⁸

¹⁵ Zieschang, § 315c, NK, p. 1539.

¹⁶ Artículo 27 CP.

¹⁷ Véase el artículo 28 CP.

¹⁸ Albin Eser y Bend Hecker, "§ 11 StGB", en Adolf Schönke y Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Múnich: Beck, 2014, p. 127.

Estos antecedentes hablan a favor de la exclusión de esta posibilidad en el derecho nacional, así como también la existencia de reglas de desistimiento especiales¹⁹ para el caso del hecho punible de “atentado contra la existencia del Estado” (artículo 269 CP), también formulado como tipo de emprendimiento.

El tipo de emprendimiento es una construcción que históricamente se ha utilizado para la equiparación mencionada, y se ha entendido que esta equiparación no se limita al marco penal, sino que también funda la exclusión de la posibilidad de aplicación de las reglas del desistimiento.²⁰

2.3. Participación

Estos supuestos serían abarcados mediante la concordancia con las disposiciones de los artículos 29,²¹ 30²² y 31²³ CP. Estas y las demás disposiciones de la parte general rigen igualmente para los hechos punibles previstos en leyes especiales (como es el caso del terrorismo) en virtud de lo dispuesto por el artículo 4 CP.²⁴

2.4. Sanción

La sanción prevista es pena privativa de libertad. El marco penal está constituido por un mínimo de diez años y un máximo de treinta años.

El mismo marco penal rige para todos los supuestos previstos, aun cuando pueden apreciarse diferencias considerables en cuanto al injusto en algunos casos. Puede

¹⁹ Véase el artículo 272 CP.

²⁰ Véase Eser y Hecker, o. cit., p. 127.

²¹ Artículo 29 (Autoría):

“1.º Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí o valiéndose para ello de otro.

“2.º También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización”.

²² Artículo 30 (Instigación):

“Será castigado como instigador el que induzca a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor”.

²³ Artículo 31 (Complicidad):

“Será castigado como cómplice el que ayudara a otro a realizar un hecho un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor y atenuada con arreglo al artículo 67”.

²⁴ Artículo 4 (Aplicación del libro primero a leyes especiales):

“Las disposiciones del Libro Primero de este Código se aplicarán a todos los hechos punibles previstos por las leyes especiales”.

mencionarse la “exposición a peligro del tráfico aéreo, naval y ferroviario”, figuras que consideradas aisladamente solo cuentan con la amenaza de una pena privativa de libertad de seis meses a dos años o pena de multa, mientras que, por ejemplo, el marco penal del homicidio puede llegar hasta 25 años de pena privativa de libertad.

2.5. Estándares de las Naciones Unidas

En el seno de las Naciones Unidas, los Estados miembros no han podido consensuar un convenio que incluya una definición de terrorismo; pero el Consejo de Seguridad, por resolución de 8 de octubre de 2004, ha proyectado una definición, consolidada por un informe del Grupo de Alto Nivel del 2 de diciembre de 2004. Según esta conceptualización, el terrorismo se describe como:

[...] cualquier acción que esté encaminada a causar la muerte o lesiones corporales graves a civiles o no combatientes, cuando el propósito de tales actos, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a la población, o compeler a un Gobierno o una organización internacional a realizar, o abstenerse de realizar, cualquier acto.²⁵

Si se acepta esta definición de terrorismo como punto de referencia, la tipificación del artículo 1.º de la Ley 4024 alcanza estándares adecuados. El tipo abarca no solo la realización de hechos punibles contra la vida y la integridad física, con las mencionadas finalidades, sino también hechos punibles contra la libertad, contra los pueblos, contra la seguridad de la vida y de la integridad física de las personas, contra la seguridad de las personas en el tránsito (aéreo, naval, terrestre), contra el funcionamiento de instalaciones imprescindibles, así como el sabotaje a servicios básicos y a medios de defensa.

²⁵ Véanse los documentos en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=S/RES/1566\(2004\)&referer=http://www.un.org/es/terrorism/sc-res.shtml&Lang=S](http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=S/RES/1566(2004)&referer=http://www.un.org/es/terrorism/sc-res.shtml&Lang=S); <http://ocw.um.es/cc-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo7/documento-10-a-59-565-informe-grupo.pdf> (25.7.2014).

3. Asociación terrorista

La redacción del artículo 2.º de la ley 4024 se basa en la del artículo 239 CP (“asociación criminal”), que a su vez se ha inspirado en el § 129 StGB (“*Bildung krimineller Vereinigungen*”).

Para determinar el significado de *asociación* en el sentido del artículo 2.º, numeral 1, de la ley 4024 es útil la definición que contiene la ley 1015, según la cual “grupo terrorista” es una “asociación estructurada u organizada de tres o más personas que emplee la violencia, incluyendo la comisión de delitos, para la consecución de sus fines políticos o ideológicos, incluyendo a sus mentores morales”.²⁶

En la definición, *asociación* se vincula con la palabra *grupo*, que describe a un conjunto de personas cuyo número mínimo es de por lo menos tres. Esta cifra es coincidente con el número requerido por una conceptualización realizada por el Consejo de la Unión Europea en una decisión marco para la lucha contra el terrorismo, del 13 de junio de 2002, y también con la que requiere la definición de *Vereinigung* (‘asociación’) generalmente aceptada en la interpretación del § 129 StGB. Esta definición, a más del mencionado elemento *personal*, hace referencia a un aspecto *temporal*, *organizativo* y *voluntario*.²⁷

Con relación al aspecto *temporal*, el concepto de *asociación* supone cierta permanencia,²⁸ es decir, no se trata de una unión casual o accidental para la realización de hechos punibles. La referencia del texto a “hechos punibles” sugiere ya la idea de que el objetivo de la asociación no puede ser solo la comisión de un hecho de esta naturaleza, sino de varios.

La asociación debe estar organizada o “estructurada de algún modo”, lo que requiere ciertas obligaciones recíprocas de los miembros. En este sentido, pueden ser indiciarias las reuniones regulares para tratar los temas vinculados a la finalidad del grupo o la creación de comisiones dentro de él.²⁹

²⁶ Artículo 2.º, inciso e, de la ley 1015.

²⁷ Sara Herbert, *Grenzen des Strafrechts bei der Terrorismusgesetzgebung - Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und England*, Berlín: Duncker & Humblot, 2014, pp. 2627.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 26.

Por último, se considera característica de la asociación la subordinación de la voluntad individual de los miembros a una voluntad grupal y el sentimiento de ser partes de una unidad.³⁰

La asociación debe tener como fin o como actividad la realización de los hechos descritos en el artículo 1.º de la ley 4024. No resulta necesario que alguno de estos hechos se haya tentado o consumado.

En primer término, se prohíbe “crear” una asociación. *Crear* puede definirse como actuar en forma activa y determinante en la formación de la asociación. Según otro punto de vista, un importante apadrinamiento es suficiente para la formación. La creación de una asociación terrorista puede darse, por ejemplo, a partir de la transformación de los objetivos de una asociación preexistente. Puede pensarse en un grupo de oración que decide en adelante llevar a cabo los hechos caracterizados en el artículo 1.º de la ley 4024.³¹

El artículo 2, inciso 1, numeral 2, de la ley 4024, expresa luego: “El que [...] fuera miembro de la misma o participara de ella”. El verbo *ser* no describe propiamente una conducta (una acción u omisión);³² por este motivo, la disposición puede resultar problemática en consideración al principio de legalidad,³³ consagrado en el artículo 17, inciso 3, de la Constitución Nacional (CN) y precisado en el artículo 1 CP.³⁴ Habría una posibilidad de sortear la dificultad mencionada si el verbo *ser* se pudiera comprender, en este contexto, como sinónimo de *alistarse*.

La disposición mencionada prohíbe igualmente “participar” en una asociación terrorista. *Participar* podría describirse como una actividad en virtud de la cual se llevan adelante (de alguna manera) los fines de la asociación.³⁵

³⁰ *Ibíd.*, p. 27.

³¹ *Ibíd.*, pp. 3031.

³² Artículo 14 (Definiciones):

“1.º A los efectos de esta Ley se entenderán como:

conducta:

las acciones y omisiones; [...]”.

³³ Sobre el problema véase Eberhard Struensee, *Grundprobleme des Strafrechts - Besitzdelikte*, Berlín: Berliner Wissenschaft, 2005, p. 123 ss.

³⁴ Artículo 1 (Principio de legalidad):

“Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descriptos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción”.

³⁵ Herbert, o. cit., p. 31.

En los numerales 3 y 4 se expresa: “El que [...] 3. la sostuviera económicamente o la proveyera de apoyo logístico; 4. prestara apoyo a ella [...]”.

Prestar apoyo puede entenderse como un concepto general, ya que el aportar dinero o proveer apoyo logístico pueden considerarse formas de prestar apoyo. El apoyo puede describirse en términos de ayuda a la subsistencia o la continuidad de la asociación o a la realización de sus fines, sin que para ello sea necesario ser miembro de la organización. El apoyo es prohibido en la inteligencia de que estos comportamientos fortalecen la peligrosidad característica de este tipo de asociaciones. No existiría desacuerdo respecto a que el apoyo abarcado es aquel que tiene influencia en la organización. Quedaría fuera aquella ayuda orientada o dirigida al individuo miembro de la organización. Parece razonable no requerir un vínculo causal entre el aporte y los hechos punibles realizados por los miembros de la organización, pero esto no quiere decir que se deban abarcar comportamientos cuya irrelevancia para los fines pueda establecerse desde un principio.³⁶

Por *apoyo* pueden entenderse aportes financieros a la asociación, la entrega de armas, de explosivos, etcétera. Lo relativo al aporte financiero, como se ha mencionado, se expresa incluso en el propio texto de la ley. No tendría mucho sentido requerir que el dinero efectivamente haya sido utilizado.

En la disposición fuente (§ 129.a.V, StGB) solamente se habla de “apoyar”. A los efectos de limitar este concepto cabe mencionar que no se considera apoyo, por ejemplo, vender alimentos o vestimenta a la organización (comportamientos socialmente usuales). Como casos límite, se ven el arrendamiento de departamentos o de dispositivos para la comunicación. Se entiende que en estos supuestos debe considerarse como determinante si existen referencias para una utilización con fines criminales.³⁷

En el numeral 5 se expresa: “El que [...] 5. la promoviera [...]”. La promoción en el sentido de la previsión puede describirse como un proceder planificado con la finalidad de obtener o ganar a otros para algo.

La promoción realizada por un miembro de la asociación es cubierta o abarcada ya por el artículo 2, inciso 1.º, numeral 1, de la ley 4024 (participar), razón por la cual la disposición del numeral 5 debería abarcar la promoción realizada por personas que no son miembros de la asociación terrorista. Representarían supuestos abarcados por el tipo

³⁶ *Ibidem*, pp. 31-32.

³⁷ *Ibidem*, p. 32.

aquellos casos en que con la promoción se pretende ganar miembros o promotores. En la disposición paralela del derecho alemán la promoción se limita a estos supuestos.³⁸

Quien realiza el tipo de asociación criminal se encuentra expuesto a sufrir una pena privativa de libertad de seis meses a cinco años, en tanto que el marco penal de la asociación terrorista es de cinco a quince años de pena privativa de libertad. Se trata de un tipo cualificado en relación con el artículo 239 CP.

En el inciso 2.º de la disposición se prevé una remisión al inciso 3.º del artículo 239 CP, que prevé supuestos que facultan al tribunal a prescindir de la pena, así como una remisión al inciso 4.º de esta disposición, que contiene reglas especiales para el caso de desistimiento.

4. Financiamiento del terrorismo

El artículo 3.º de la ley 4024 pretende internalizar lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo, de las Naciones Unidas.

La disposición contenida en el artículo 2 de la ley 4024 permite sancionar la financiación de una asociación terrorista, en tanto que el artículo objeto de comentario permitiría sancionar la financiación de los actos de terrorismo.

La ley habla de objetos, fondos u otros bienes. El convenio define *fondos* como:

[...] bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieran obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito.

³⁸ *Ibidem*.

Habría bastado la mención del concepto más general: *bien* o *bienes*. El Código Civil de la República del Paraguay llama *cosas* a los objetos corporales susceptibles de tener un valor.³⁹ Las cosas y los objetos inmateriales susceptibles de valor se llaman *bienes*.⁴⁰

La ley describe el comportamiento de “proveer bienes”, lo que puede interpretarse como ponerlos en manos de otro. Seguidamente se hace referencia a “solventar bienes”, que podría entenderse como cubrir los costos de adquisición o que permitan su utilización. Por último, se habla de “recolectar bienes”, que puede entenderse en el sentido de reunirlos, así como de recogerlos; igualmente puede ser entendido en el sentido de recibirlos.

En un plano subjetivo, a más del dolo,⁴¹ se requiere que el autor obre con el anhelo de que los bienes sean utilizados en la realización de alguno de los hechos descritos en el artículo 1.º de la ley 4024, o con la certeza de que serán utilizados a los efectos mencionados.

El marco penal es de cinco a quince años de pena privativa de libertad. Atendiendo a esta circunstancia, se trata de un crimen, lo que determina la punibilidad de la tentativa.

5. Medidas de prevención

5.1. Inmovilización de fondos o activos financieros

La ley 4503/11, vigente a partir del 2 de octubre de 2011, ha abierto la posibilidad de “inmovilizar fondos o activos financieros” de personas físicas y jurídicas.

La ley define como “fondos o activos” los bienes, activos financieros y propiedades de toda clase, sean tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, cualquiera sea la forma en que han sido adquiridos, y los documentos o instrumentos de cualquier forma, incluidos los electrónicos o digitales, que sean constancia de la titularidad o de un interés en esos fondos u otros bienes, incluidos —sin carácter limitativo— los créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, órdenes de pago, acciones, títulos valores,

³⁹ Véase el artículo 1872 CC. En materia penal el concepto de cosa es más amplio, ya que es irrelevante si el objeto corporal tiene valor.

⁴⁰ Véase el artículo 1873 CC.

⁴¹ Artículo 17, inciso 1.º CP.

bonos, letras o cartas de crédito y los intereses, dividendos u otros ingresos o valores que se devenguen sobre o sean generados por esos fondos u otros bienes. La ley hace referencia a que esta descripción se halla en concordancia con el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

La inmovilización de fondos u otros activos consiste en una prohibición de transferencia, conversión, disposición o movimiento de fondos u otros bienes durante el plazo de vigencia de la medida. Según el artículo 5 de la ley 4503, la medida no afecta la propiedad existente al tiempo de dictarse la inmovilización.

El presupuesto para la aplicación de esta medida preventiva es que existan sospechas de que las personas mencionadas estén vinculadas al financiamiento del terrorismo, a actos de terrorismo o a una asociación terrorista.

En este sentido, la ley tasa dos circunstancias como suficientes para fundar la sospecha arriba expresada y así la aplicación de la medida. La primera es que el nombre de la persona figure en la lista publicada bajo el control del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, dentro de una solicitud específica sobre la persecución del terrorismo; la segunda, que terceros países soliciten, en el marco de la cooperación internacional para la persecución de delitos, la inmovilización de fondos o activos de personas físicas o jurídicas relacionadas con el terrorismo.⁴²

Los bancos, las financieras, las compañías de seguros, las casas de cambio, las sociedades y agencias de valores (bolsas de valores), las sociedades de inversión, las sociedades de mandato, las administradoras de fondos mutuos de inversión y de jubilación, las cooperativas, las que explotan juegos de azar, las inmobiliarias, las organizaciones sin fines de lucro (OSL), las casas de empeño, las entidades gubernamentales, las actividades y profesiones no financieras, la/s persona/s física/s o jurídica/s que se dedique/n de manera habitual a la intermediación financiera, al comercio de joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte y antigüedades, a la inversión filatélica o numismática, y las que realicen actos de comercio en general que impliquen transferencias de dineros o valores,⁴³ tienen el deber de inmovilizar inmediatamente los mismos fondos u otros activos cuando tomen conocimiento de que están en posesión, están administrando o tienen bajo su control bienes de una o más personas que se encuentren en la situación arriba descrita.⁴⁴

⁴² Véase el artículo 2 de la ley 4503.

⁴³ Véase el artículo 13 de la ley 1015/97, "Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes", y su modificación por la ley 3783/09.

⁴⁴ Véase el artículo 3 de la ley 4503.

Los sujetos enumerados en el párrafo anterior tienen además el deber de comunicar la situación a la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes (SEPRELAD), y esta a su vez tiene el mandato de solicitar a la justicia ordinaria que se pronuncie sobre la inmovilización de los fondos.⁴⁵ El juez interviniente debe expedirse en un plazo de veinticuatro horas, y debe verificar solamente, si el afectado fue designado por las Naciones Unidas en la lista correspondiente o requerido por un tercer país. La decisión puede ser dictada sin audiencia de partes y puede permanecer vigente, en su caso, mientras la designación de las Naciones Unidas o la solicitud del país persista o hasta que la medida fuera revocada a petición de parte y dispuesta por la autoridad judicial competente. En este proceso decisorio debe tener intervención la SEPRELAD.

La ley expresa que la lista de las Naciones Unidas constituye un instrumento público. De conformidad con el artículo 383 del Código Civil (cc), este instrumento hará “plena fe” mientras no sea argüido de falso.

El Ministerio de Relaciones Exteriores debe actualizar permanentemente la lista mediante una labor coordinada con la SEPRELAD.

La ley menciona expresamente que la medida podrá ser levantada si se comprueba, por cualquier medio, que la inmovilización de fondos u otros activos afecta a una persona o entidad diferente a la designada en la lista de las Naciones Unidas.⁴⁶ Esta disposición es superflua, ya que ante esta situación mencionada no se dan los presupuestos para la aplicación de la medida.

5.2. Empleo de las Fuerzas Armadas

La CN establece que en la República del Paraguay la fuerza pública está compuesta exclusivamente por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.⁴⁷

A las Fuerzas Armadas les corresponde la misión, constitucionalmente establecida, de custodiar la integridad territorial y la de defender a las autoridades legítimamente constituidas,⁴⁸ en tanto que la Policía Nacional tiene “la misión de preservar el orden público legalmente establecido, así como los derechos y la seguridad de las personas y

⁴⁵ Véase el artículo 3 de la ley 4503.

⁴⁶ Véase el artículo 7 de la ley 4503.

⁴⁷ Artículo 172 CN.

⁴⁸ Artículo 173 CN.

entidades y de sus bienes; ocuparse de la prevención de los delitos; ejecutar los mandatos de la autoridad competente y, bajo dirección judicial, investigar los delitos”.⁴⁹

De estas disposiciones resulta que el órgano de la fuerza pública competente para la prevención y el esclarecimiento (investigación) de hechos punibles (inclusive los de terrorismo) es la Policía Nacional.

A instancias del actual gobierno se ha modificado la ley 1337/99, de “defensa nacional y de seguridad interna”. El Congreso Nacional, en este sentido, ha sancionado el 22 de agosto de 2014 la ley 5036.

Respecto a lo que aquí interesa, es principalmente relevante comentar la modificación del artículo 56 de la ley 1337. A partir de esta modificación, el presidente de la República tiene la facultad de decidir el empleo transitorio de elementos de combate de las Fuerzas Armadas en caso de situaciones de extrema gravedad en que el sistema de seguridad interna existente resulte insuficiente. Se debe definir el ámbito territorial en que se realizará el empleo, así como el tiempo de duración, que debe estar estrictamente limitado al término necesario para que la Policía Nacional esté nuevamente en condiciones de hacerse cargo por sí sola de la situación.⁵⁰

La ley modificatoria abre además la posibilidad de aplicar “este procedimiento en los casos calificados como Terrorismo” de conformidad a la ley 4024/10.⁵¹

Si el presidente de la República toma la decisión de emplear a las Fuerzas Armadas en el sentido mencionado, debe informar de esta decisión al Congreso Nacional, el cual puede decidir la cesación de la intervención de las Fuerzas Armadas en cualquier momento.

No queda muy claro cuál es la función que propiamente les corresponde a los “elementos de las Fuerzas Armadas”. De la redacción “en los casos calificados como terrorismo” surge la impresión de que intervienen o pueden intervenir después de la realización de un hecho de esta naturaleza. Antes que colaborar en la investigación, tiene más sentido que los efectivos militares colaboren en el restablecimiento de la seguridad interna, sin perjuicio de que intervengan en la captura de los presuntos participantes de algún hecho consumado.

⁴⁹ Artículo 175 CN.

⁵⁰ Artículo 1 de la ley 5036.

⁵¹ Ídem.

6. Actores

6.1. Poder Judicial

En lo que respecta a la organización de los tribunales ordinarios, existe en el Paraguay un fuero que atiende exclusivamente cuestiones penales, compuesto por tres instancias.

En la primera instancia pueden diferenciarse *juzgados de garantía, de sentencia y de ejecución*. Los jueces de garantías son competentes principalmente para resolver incidentes, excepciones y demás peticiones de las partes, que se realizan en la etapa de investigación. Les corresponde también estudiar el mérito de las acusaciones para la apertura de un juicio oral y público. Existen jueces de garantías especializados en “delitos económicos” y en “delitos de posesión y tráfico de estupefacientes”. No existen, sin embargo, juzgados especializados en materia de terrorismo; es decir, van a ser competentes los juzgados de garantía ordinarios para entender en esta clase de hechos punibles.

Entre los tribunales de sentencia tampoco existen jueces especializados o con una competencia más específica. El tribunal de sentencia puede estar integrado por un solo juez o por tres jueces. Aquel que deba juzgar un caso de terrorismo debe estar integrado por tres miembros. Los tribunales de sentencia unipersonales solo pueden resolver casos en que la pena prevista sea de multa o pena privativa de libertad de hasta dos años, siempre que el Ministerio Público lo solicite.⁵²

La segunda instancia está conformada por tribunales de apelación, compuestos por tres miembros. Les corresponde principalmente atender los recursos de apelación planteados en contra de las decisiones de los jueces de garantías o los tribunales de sentencia.

En cuanto a la tercera instancia, la Corte Suprema de Justicia cuenta con una Sala Penal, compuesta por tres miembros. Le corresponde conocer y decidir las cuestiones de naturaleza penal que sean recurribles por ante la tercera instancia, así como conocer y decidir los pedidos de extradición, por vía de revisión en los casos previstos en la legislación penal.⁵³

⁵² Véase el artículo 41 CPP.

⁵³ Véase el artículo 15 de la Ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

6.2. Ministerio Público

El Ministerio Público de la República del Paraguay no depende, como en algunos países, del Poder Ejecutivo o de la Secretaría de Estado respectiva (Ministerio de Justicia y Trabajo, en el caso de Paraguay). La CN lo describe como “representante de la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado”. Tiene autonomía funcional y administrativa, razón por la cual algunos lo califican como un “órgano extrapoder”.

El Ministerio Público está compuesto por el fiscal general del Estado y los agentes fiscales.⁵⁴ Cuenta con una Unidad Especializada en Antiterrorismo, con competencia nacional; es decir, es competente para la investigación y el esclarecimiento de los hechos previstos en los artículos 1.º y 2.º de la ley 4024 que ocurran en todo el territorio. La Unidad tiene su sede en la capital y se debe ocurrir ante los tribunales competentes según lugar de comisión de los hechos.

En cuanto a la “financiación del terrorismo” (prevista en el artículo 3.º de la ley 4024) es competente la Unidad Especializada contra Delitos Económicos y Anticorrupción, también del Ministerio Público. La fiscalía correspondiente tiene la atribución de la investigación del financiamiento del terrorismo y la de esclarecer casos de lavado de dinero. Esta unidad especializada también tiene su sede igualmente en Asunción y competencia nacional.

6.3. Fuerzas de seguridad

La cartera de Estado encargada de la seguridad interna del país es el Ministerio del Interior. De este depende la Policía Nacional, a la que le corresponde la tarea de prevenir la realización de hechos punibles, así como el esclarecimiento de los ya realizados.

Dentro de las filas de la Policía Nacional se encuentra la Secretaría de Prevención e Investigación del Terrorismo (SEPRINTE). Esta unidad se aboca principalmente a labores de inteligencia, mientras que el esclarecimiento de los hechos ya realizados le corresponde a los cuadros ordinarios de la Policía Nacional.

Como se ha mencionado, excepcionalmente miembros de las Fuerzas Armadas pueden participar en la lucha contra el Terrorismo. Las Fuerzas Armadas dependen de la secretaría de Estado denominada Ministerio de Defensa.

⁵⁴ Artículo 266 CN.

6.4. SEPRELAD

La Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero de Bienes (SEPRELAD) fue creada por la ley 1015, ya comentada. Se trata de un organismo técnico dependiente de la Presidencia de la República. Representa una unidad de inteligencia financiera con autonomía funcional y administrativa.⁵⁵ Está a cargo de un secretario ejecutivo, a quien le corresponde la designación de los demás funcionarios.

Principalmente, la SEPRELAD recaba, analiza y evalúa información con el fin de prevenir o impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica para operaciones de lavado de dinero o financiamiento del terrorismo.

Como se ha mencionado, la SEPRELAD debe tener activa participación en la solicitud de confirmación judicial de la inmovilización de fondos prevista en la ley 4503/11. Si encuentra indicios de la realización de los hechos punibles mencionados le corresponde elevar el caso al Ministerio Público, para el inicio de la investigación correspondiente.⁵⁶

7. Problemática en el ámbito interno

7.1. Ejército del Pueblo Paraguayo

El autodenominado Ejército del Pueblo Paraguayo (EPP) es un grupo armado que opera en la zona norte de la región oriental del país, principalmente en algunos distritos del departamento de Concepción entre los límites con los departamentos de San Pedro y Amanbay. El grupo posee una estructura jerárquica. Sus integrantes lo consideran una organización revolucionaria y político-militar con una ideología marxista-leninista. El grupo se propone derrocar a la clase política e instalar un gobierno de corte marxista-leninista.

Se estima que la formación del EPP se concretó en el año 2008. Si bien se desconoce el número exacto de sus integrantes, el gobierno baraja la hipótesis de que se trata de un grupo de 20 a 50 miembros.

⁵⁵ Véanse los artículos 26 y 27 de la ley 1015.

⁵⁶ Véase el artículo 28 de la ley 1015.

Se le atribuye la realización de secuestros, homicidios, lesiones con el ánimo de intimidar a la población y en algunos casos con el fin de coaccionar a autoridades nacionales. También se le atribuye la destrucción de bienes de producción e importantes plantaciones.

En el año 2013 se registraron ocho ataques, el mayor número de ataques del grupo en un año. Las acciones del EPP han costado la vida a una veintena de civiles y a una veintena de efectivos de las fuerzas de seguridad, principalmente policías.⁵⁷

El grupo financia sus actuaciones, principalmente, con el cobro de rescates por la liberación de personas secuestradas. Se estima que también coacciona a pobladores (principalmente a personas que se dedican a la agroganadería) al pago periódico de sumas de dinero. Existen versiones sobre su vinculación a la criminalidad organizada, específicamente al narcotráfico, en el sentido de proporcionar seguridades para el cultivo, la elaboración de estupefacientes y la infraestructura necesaria.

En el marco de la lucha contra el EPP, el Poder Ejecutivo ha hecho uso de la facultad arriba comentada de emplear elementos de combate de las Fuerzas Armadas de la Nación en operaciones de defensa interna, por decreto 103, del 24 de agosto de 2013. En la motivación se da cuenta de que:

[...] grupos delictivos, realizan actos criminales y terroristas en la zona de los Departamentos de Concepción, San Pedro y Amambay, contra ciudadanos y sus bienes y contra autoridades e instituciones del Estado, amenazando y poniendo en riesgo la vida, la libertad y los derechos de las personas y sus bienes, así como el libre ejercicio de las funciones constitucionales y legales de las autoridades legítimamente constituidas, pudiendo trasladar sus acciones criminales a otros departamentos del territorio nacional.⁵⁸

Si bien el decreto no hace referencia expresa a la identidad de los “grupos delictivos”, de los datos expresados y el “área de influencia” se deriva una referencia al EPP.

Según el decreto, los militares deben actuar con los integrantes de la Policía Nacional y de la Secretaría Nacional Antidrogas (SENAD) desplegados en los lugares de influencia. Es por ello que el contingente recibe la denominación de Fuerzas de Tareas Conjuntas (FTC).

⁵⁷ Véase <<http://www.abc.com.py/edicion-impresa/suplementos/judicial/suben-de-tono-las-operaciones-contra-el-epp-1267832.html>> (23.7.2014).

⁵⁸ Véase la motivación o “considerando” del decreto 103/13.

A la fecha de redacción de este informe, la medida lleva aproximadamente un año y medio de vigencia y todo apunta a que seguirá vigente. La percepción de efectividad de las FTC no es muy positiva a escala local, y en el apartado sobre Paraguay del *Informe sobre terrorismo en 2013* de los Estados Unidos de América se habla de un “éxito limitado” de las FTC.⁵⁹

Para el actual Gobierno y el Ministerio Público, el EPP es un “grupo terrorista”,⁶⁰ pero aún no existe una sentencia firme que dé por acreditadas estas afirmaciones.

7.2. La Triple Frontera

Triple Frontera es la denominación del límite entre los territorios de la República Argentina, la República Federativa del Brasil y la República del Paraguay, en la unión de los ríos Paraná e Iguazú.

En lo atinente a Paraguay, se encuentran ubicadas en la zona las ciudades de Puerto Presidente Franco y Ciudad del Este. Esta última, principalmente, es un importante centro de compras y comercio.

La seguridad interna y el control fronterizo en el lugar se evalúan como deficitarios. Se habla de un índice elevado de criminalidad, principalmente del contrabando de mercaderías. Ciudad del Este es objeto de un monitoreo constante, pues se considera latente el peligro de la afectación de las ganancias provenientes de las diversas actividades ilícitas que se desarrollan (o podrían desarrollarse) para el financiamiento del terrorismo.⁶¹

7.3. Datos registrados⁶²

Según datos recabados en registros del Ministerio Público, existen a la fecha de elaboración de este informe 15 investigaciones cuyas carátulas indican que tienen por objeto el esclarecimiento de supuestos hechos de terrorismo. En el marco de estos

⁵⁹ Véase <<http://www.abc.com.py/nacionales/eeuu-resalta-corrupcion-en-paraguay-1240195.html>> (21.07.2014).

⁶⁰ Véase <<http://www.ultimahora.com/de-vargas-califica-al-epp-grupo-terrorista-n714108.html>>; <<http://www.hoy.com.py/nacionales/diaz-veron-los-del-epp-son-unos-delincuentes-comunes>> (21.7.2014).

⁶¹ Véase <<http://www.seprelad.gov.py/biblioteca/6-sobre-el-financiamiento-al-terrorismo/14-el-financiamiento-del-terrorismo>>; <<http://www.abc.com.py/nacionales/eeuu-resalta-corrupcion-en-paraguay-1240195.html>> (21.7.2014).

⁶² Los datos que se consignan a continuación fueron obtenidos mediante entrevistas a funcionarios de las unidades especializadas del Ministerio Público, ya que no se encuentran publicados.

procedimientos se han formulado imputaciones en contra de 27 personas. No ha habido aún acusaciones y, consecuentemente, tampoco hay condenas.

Con relación a la figura de la *asociación terrorista*, no existen registros de que se hayan iniciado investigaciones con el objeto de esclarecer hechos de esta naturaleza. Tampoco existen acusaciones con base en estos hechos, ni sentencias judiciales.

Por último, hay una investigación abierta para esclarecer un supuesto caso de *financiamiento del terrorismo*, aunque en ese marco no se ha realizado imputación alguna. Aún no se ha dictado ninguna sentencia por este delito.

8. Conclusión

La legislación paraguaya relativa al terrorismo es relativamente reciente. En ella se considera *terrorismo* a la realización (o la tentativa) de ciertos hechos punibles —como, por ejemplo, hechos contra la vida, la integridad física, la libertad— con el elemento subjetivo especial de intimidar a la población (nacional o extranjera) o al Estado (sus órganos constitucionales), o de coaccionar al Estado o a organizaciones internacionales.

Paralelamente a la tipificación y sanción del terrorismo, se han incorporado los hechos punibles de *asociación terrorista* y de *financiamiento del terrorismo*.

En cuanto a la lucha contra el terrorismo específicamente, se ha incorporado la posibilidad de inmovilizar fondos o activos financieros de personas físicas y jurídicas sospechosas de tener nexos con terroristas.

Asimismo, se ha modificado el marco legal relativo a las fuerzas públicas, de manera a facultar al Poder Ejecutivo la afectación temporal de efectivos de las Fuerzas Armadas para velar —conjuntamente con la Policía Nacional— por la seguridad interna ante la amenaza de actos de terrorismo.

Para el juzgamiento de los hechos punibles de Terrorismo es competente la justicia ordinaria; no existe un fuero especializado para la materia.

El Ministerio Público, encargado de ejercer la acción pública ante los tribunales ordinarios, cuenta con unidades especializadas. Una de ellas se encarga de los casos de terrorismo y asociación terrorista, y otra se ocupa de la materia relativa a la financiación del terrorismo.

A la investigación de los hechos punibles de terrorismo se encuentran abocados principalmente los cuadros ordinarios de la Policía Nacional.

En las tareas de prevención tienen un rol principal instituciones especializadas, como la SEPRELAD y la SEPRINTE, todas dependientes del Poder Ejecutivo.

En la actualidad existe una asociación autodenominada EPP, que opera en parte del territorio nacional, a la cual se le atribuyen hechos punibles contra la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad de las personas con el ánimo de intimidar a la población y de coaccionar a los órganos constitucionales. Para el Gobierno y el Ministerio Público el EPP representa una “asociación terrorista”; no obstante, a la fecha no existe una decisión judicial en la que se tenga por acreditada esta afirmación.

La zona de la denominada Triple Frontera —Ciudad del Este en lo que respecta a Paraguay— es considerada una zona “sensible” en lo atinente al financiamiento del terrorismo, por lo que constituye un área de monitoreo constante.

A la fecha de este informe no existen aún condenas relativas a hechos de terrorismo, asociación criminal o financiamiento de terrorismo.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, “Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano. ¿Es el terrorismo un crimen internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, n.º 7, 2012, pp. 143-173.
- *Treatise on International Criminal Law*, tomo II: “The Crimes and Sentencing”, Nueva York: Oxford University Press, 2014.
- ESER, Albin, y Bend HECKER, “§ 11 StGB”, en Adolf SCHÖNKE y Horst SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Múnich: Beck, 2014, pp. 126-128.
- HERBERT, Sara, *Grenzen des Strafrechts bei der Terrorismusgesetzgebung - Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und England*, Berlín: Duncker & Humblot, 2014.
- KAUFFMAN, Philipp Konstantin, “Terrorismus im Wandel - Auslegung des Begriffs Terrorismus im Lichte des Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten”, *Juristische Ausbildung*, 2011, pp. 257-263.
- MITSCHE, Wolfgang, “Das Unternehmensdelikt”, *Juristische Ausbildung*, 2012, pp. 526-530.
- NEUBACHER, Frank, “Terrorismus - Was haben Rote Armee Fraktion und Jihadisten gemeinsam?”, *Juristische Ausbildung*, 2010, pp. 744-749.
- STRUENSEE, Eberhard, *Grundprobleme des Strafrechts - Besitzdelikte*, Berlín: Berliner Wissenschaft, 2005.
- ZIESCHANG, Frank, “§ 315c”, en Urs KINDHÄUSER, Ulfrid NEUMANN y Hans-Ullrich PAEFFGEN, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, tomo 3, 4.^a ed., Baden-Baden: Nomos, 2013, pp. 1529-1542.

TERRORISMO Y CRÍMENES INTERNACIONALES EN COLOMBIA

TENSIONES EN TORNO A LA PERSECUCIÓN PENAL NACIONAL DE CRÍMENES INTERNACIONALES

Alejandro Aponte Cardona

RESUMEN. El trabajo examina el fenómeno del terrorismo o, mejor, de la legislación antiterrorista y sus relaciones o tensiones con la persecución penal nacional de crímenes internacionales. Concretamente, se detiene en el hecho muy interesante de que, en procesos ligados a la dinámica transicional —como es el caso del proceso especial de Justicia y Paz o los actuales debates en torno al proceso de paz con la guerrilla de las FARC y a la aplicación de Marco Jurídico para la Paz—, el terrorismo no se ha usado como ámbito general e indeterminado de imputación de conductas que constituyen crímenes internacionales, sino de manera residual y, más coherentemente, como una infracción al derecho internacional humanitario. En esta dirección, el texto también se ocupa de las tensiones entre terrorismo y conflicto armado, entre terrorismo y crímenes internacionales y de su impacto en la persecución penal nacional de crímenes internacionales y en el proceso de paz en curso.

Palabras clave: derecho internacional humanitario, conflicto armado interno, terrorismo, terrorismo como crimen de guerra, crímenes internacionales, proceso de paz.

ABSTRACT. This paper analyzes the phenomenon of terrorism or, rather, anti-terrorism laws and their relations with or tensions involving the domestic criminal prosecution of international crimes. Specifically, it focuses on the very interesting fact that in transitional processes – such as in the case of the special *Justicia y Paz* (Justice and Peace) process or the current debates regarding the peace process with the FARC guerrilla and the application of the *Marco Jurídico para la Paz* (Legal Framework for Peace) – terrorism has not been used as the general and indeterminate field for the attribution of conducts which constitute international crimes, but rather in a residual manner and, more appropriately, as an offense against international humanitarian law. In this sense, the paper also studies the tensions between terrorism and armed conflict, between terrorism and international crimes, and their

impact on the domestic criminal prosecution of international crimes and on the current peace process.

Key words: international humanitarian law, internal armed conflict, terrorism, terrorism as a war crime, international crimes, peace process.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag untersucht das Phänomen des Terrorismus, genauer gesagt, die Anti-Terror-Gesetzgebung und das Spannungsverhältnis zwischen ihr und der strafrechtlichen Verfolgung internationaler Verbrechen auf nationaler Ebene. Im Einzelnen geht er auf den äußerst interessanten Umstand ein, dass im Rahmen von Transitionsprozessen – wie etwa im spezifischen Fall des Gesetzes für Gerechtigkeit und Frieden oder bei der aktuellen Debatte um den Friedensprozess mit der Guerrilla-Gruppe FARC und die Anwendung des Rechtsrahmens für den Friedensprozess – der Terrorismus als allgemeine, unbestimmte Zurechnungsnorm von Verhaltensweisen, die internationale Verbrechen darstellen, nicht zur Anwendung kommt und er vielmehr ersatzweise – und auf diese Weise schlüssiger – als Verletzung des humanitären Völkerrechts verstanden wird. In diesem Sinne befasst sich der Text mit den Spannungen zwischen Terrorismus und bewaffnetem Konflikt sowie zwischen Terrorismus und internationalen Verbrechen und ihrem Einfluss auf die Strafverfolgung internationaler Verbrechen auf nationaler Ebene und den aktuellen Friedensprozess.

Schlagwörter: Humanitäres Völkerrecht, innerstaatlicher bewaffneter Konflikt, Terrorismus, Terrorismus als Kriegsverbrechen, internationale Verbrechen, Friedensprozess.

1. Presentación

De la misma forma que ocurre en diversos países, algunos representados en este libro con informes nacionales, también en el caso colombiano el terrorismo, o la supuesta o real lucha contra el terrorismo, ha sido utilizado en la práctica como un mecanismo de persecución de enemigos políticos a través del derecho penal. En este caso, de un derecho penal de enemigo aplicado a los máximos enemigos, a los terroristas. O, peor aún, a contradictores políticos o sociales a quienes se tilda de enemigos y de terroristas. De la misma forma, también en el caso colombiano la legislación antiterrorista ha sido utilizada para prohiar un tratamiento indiferenciado a problemas políticos, económicos y sociales que no pasan por el derecho penal; por ejemplo, para contrarrestar la protesta social o para ahondar la crisis de la respuesta penal frente a fenómenos de narcotráfico.

De hecho, el autor de este texto ha trabajado durante años el tema, relacionándolo por ejemplo con características claras que asume el derecho penal de enemigo en el caso

colombiano, ligado a situaciones de violencia política y social o a situaciones de conflicto armado interno. Sus diversos trabajos sobre *derecho penal eficientista de enemigo* constituyen un esfuerzo por desvelar mecanismos de actuación concreta de un derecho penal politizado e instrumentalizado, que se expande peligrosamente, que crea una incontrollable inflación penal que se sitúa directamente contra los derechos y garantías de aquellos imputados que son calificados como terroristas.¹

En esta ocasión, sin embargo, el autor se detendrá en el estudio del fenómeno del terrorismo o, mejor, de la legislación antiterrorista y sus relaciones o tensiones con la persecución penal nacional de crímenes internacionales. Concretamente, en el hecho muy interesante de que en procesos ligados a la dinámica transicional, como es el caso del proceso especial de Justicia y Paz, el terrorismo no se haya usado como ámbito general e indeterminado de imputación de conductas que constituyen crímenes internacionales, sino que se haya utilizado de manera residual y, más coherentemente, como una infracción al derecho internacional humanitario.

De igual forma, el ámbito de concepción jurídica del actual proceso de paz con las guerrillas de las FARC no ha sido el terrorismo, sino, al contrario, el derecho internacional humanitario y, en general, el ámbito normativo más propio de los crímenes internacionales. Asimismo, el tratamiento tradicional que el Estado les ha dado a las guerrillas revolucionarias ha tenido como eje el delito político, en sus versiones legislativas como delito de rebelión y de sedición, y no ha sido la legislación antiterrorista el marco general de tratamiento de estos actores. De hecho, como se verá, el terrorismo ha excluido por tradición la imputación misma del delito de rebelión. Se ha reconocido el conflicto armado interno y la actuación de actores armados dentro de él. Ha prevalecido entonces un énfasis marcado en la consideración fáctica de la guerra y de sus consecuencias, sin reducirla a fenómenos indiscriminados de lucha contra el terrorismo.

Este es un hecho complejo que viven hoy sociedades europeas, por ejemplo, que no soportan en sus fronteras situaciones de guerra, pero que destacan nacionales a contextos problemáticos y de indistinción entre guerra y acciones puramente terroristas, o que tienen en sus propios países individuos ligados a acciones terroristas de grupos radicales. Pero el caso colombiano es distinto: ha existido un conflicto armado interno, reconocido

¹ Véase al respecto Alejandro Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2006 (versión publicada en Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008).

por la ley y la jurisprudencia, que no es absorbido hoy por la supuesta “lucha contra el terrorismo”.

El texto se detiene en el estudio de hechos muy actuales de la coyuntura nacional, que se relacionan con la contraposición entre terrorismo y delito político, figura arraigada en la historia de Colombia y que ha recibido un tratamiento privilegiado desde el punto de vista penal, en la medida en que se ha considerado al delincuente político como una especie de delincuente por convicción —recordando la famosa concepción del Radbruch— y no como un terrorista o un enemigo absoluto.

Se trata de un debate de la mayor actualidad, pues la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de los artículos 66 y 67 del acto legislativo reformativo de la Carta Política de 1991, al mismo tiempo que ya había declarado constitucional, en el año 2013, el artículo 66 transitorio. Los dos introducen el denominado “Marco jurídico para la paz”, como un esfuerzo por establecer un marco transicional que apoye el proceso de paz con las guerrillas y le dé un soporte jurídico-político a dicho proceso, en lógica transicional. Como se entenderá, esta posibilidad no tendría realidad si se tratara de actores concebidos simplemente como terroristas.

Finalmente, es importante señalar que hacia el futuro, en una posible etapa de pos-conflicto, la discusión sobre el terrorismo, pero, más allá, sobre el crimen organizado en general y sobre delitos transnacionales, será igualmente relevante. Esto, frente a aquellos grupos o individuos que no se incorporen al proceso de paz y que persistan en el ejercicio de la violencia. Para ellos, desde la discusión actual, sería pensado un tratamiento clásico de delincuentes ordinarios, ligados a acciones propias del crimen organizado.

En cualquier caso, pese a que el trabajo tiene más el sentido de un informe de carácter nacional, contiene reflexiones más ligadas a debates actuales sobre terrorismo y conflicto armado, y a los dilemas que para el derecho penal internacional se presentan con la sanción posible de acciones terroristas de grupos radicales que cada día asedian con mayor violencia, sobre todo usada como método de terror indiscriminado. De igual forma, se citan aportes importantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que buscan, igualmente, aclarar que en un conflicto armado pueden tener lugar acciones de terrorismo, que no desnaturalizan la situación de conflicto propiamente dicha.

2. El proceso especial de Justicia y Paz

En el mes de junio de 2005, se expidió la ley 975 de 2005, denominada Ley de Justicia y Paz. Es una ley que se encuentra vigente y ha sido reformada por la ley 1592 de 2012. Se trata de una norma ligada al proceso de desmovilización de miembros de grupos paramilitares que tuvo lugar para esa época, aunque el texto hace referencia general a miembros de “grupos armados organizados al margen de la ley”. Por esta razón, también hay un número significativo de hombres y mujeres combatientes de la guerrilla, sobre todo de las FARC, que hacen parte de los sujetos a los cuales se les aplica la ley reseñada. Decía el texto en su artículo 2 original:

La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional.

Por su parte, el articulado introducido por la ley 1592, de diciembre de 2012, reformatorio de la versión inicial, mantiene el mismo sentido y agrega una alusión a la estrategia de priorización que debe ser impulsada por la Fiscalía General de la Nación. Dice así el nuevo artículo 2:

La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional, aplicando criterios de priorización en la investigación y el juzgamiento de esas conductas.

2.1. El derecho penal internacional y los crímenes internacionales como marco de imputación de las conductas ventiladas en Justicia y Paz

En el contexto de la Ley de Justicia y Paz —respecto de la cual la pena alternativa máxima que se coloca a los sujetos es de ocho años—, se han ventilado casos en los cuales grandes aparatos criminales han cometido toda suerte de delitos, tanto de carácter

ordinario como crímenes internacionales. Muy especialmente, se les han imputado delitos contra el derecho internacional humanitario.²

Si se tiene en consideración el hecho de que, en la historia del país, para grandes hechos de violencia política y social se han aplicado de manera indiscriminada diversas legislaciones antiterroristas, podría haber sido un expediente relativamente fácil o cómodo imputar de manera también indiscriminada y abierta, en el caso de Justicia y Paz, una legislación antiterrorista. Sobre todo si se tiene en cuenta, además, el tipo penal que hoy existe como base de dicha legislación, que es abierto, difuso, que hace relación abstracta a “crear zozobra”, por ejemplo, y a otras muchas cuestiones problemáticas. Dice la norma:

Artículo 343. Terrorismo. El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta. Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y la multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, con mucho criterio, los fiscales y jueces se sustrajeron de esta tendencia y trataron, desde un principio —y a pesar de las dificultades propias de la puesta en marcha de criterios coherentes de imputación para la macrocriminalidad—, de ajustar las imputaciones a criterios consistentes, dejando a un lado el recurso al terrorismo como un criterio general y abstracto de imputación, en el que podrían caer sin esfuerzo toda clase de conductas de manera indiferenciada. Y lo más interesante es que también

² El autor de este informe, como consultor de una agencia internacional, hizo seguimiento desde un principio a las fórmulas de imputación promovidas por los fiscales y discutidas ante los jueces. Véase, a manera de ejemplo, el segundo informe del área de justicia del observatorio internacional, denominado: *Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz*, Bogotá-Madrid, noviembre de 2009. De igual forma, y en el contexto del trabajo del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, el autor se ha ocupado del tema de la imputación de crímenes internacionales en el derecho interno. Véase Alejandro Aponte Cardona, “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en Alejandro Aponte Cardona, *Derecho penal internacional. Textos escogidos*, vol. II, Bogotá: Universidad Javeriana y Gustavo Ibáñez, 2014, pp. 101169.

han aplicado de manera reiterada, aunque residual, el delito de terrorismo cuando este tiene lugar en conflicto armado. Los operadores han dado prevalencia a normas como homicidio en persona protegida, desaparición forzada, desplazamiento forzado en contexto de conflicto armado, tortura en persona protegida, etc. Es decir, el sistema judicial asegura las imputaciones en el contexto material en que ha tenido lugar una mayoría de conductas —el conflicto armado interno, degradado y casi crónico—, y dentro de este contexto imputa también el terrorismo, pero sobre todo como infracción al DIH y de manera residual. En esta dirección, el artículo 144 de la ley 599, de 2000, Código Penal vigente, tipifica el delito de actos de terrorismo, como infracción al derecho internacional humanitario, de la siguiente manera:

Artículo 144. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia, cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años, multa de dos mil (2000) a cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

En función de dicha finalidad, a manera de ejemplo, en una decisión del Tribunal Especial de Justicia y Paz, se determinó lo siguiente:

Al examinar el tipo penal del artículo 144, la Sala decidió legalizar el delito de actos de terrorismo por cuanto los hechos sucedidos en el establecimiento “El Golazo”, corresponden con la descripción típica que trae esta norma, pues es claro que los ataques se cometieron con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, además dichos ataques fueron indiscriminados y excesivos, no se tuvieron en cuenta los principios de distinción y de proporcionalidad. Además, la norma contiene otros actos de terrorismo, como hacer objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia, siempre y cuando se ejecuten con el fin de aterrorizarla.³

Así, de acuerdo con la Sala:

En efecto, de acuerdo con la situación fáctica y las pruebas aportadas por la Fiscal Delegada, se tiene que en la noche del miércoles Santo de 1996, un grupo aproximado de 20 hombres portando armas de corto y largo alcance, a bordo de una camioneta y dos motocicletas, arribaron al

³ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia del 30 de octubre de 2013, § 938.

barrio Policarpa Salavarrieta —un barrio estigmatizado por el grupo armado ilegal, pues las personas que allí habitaban, en su mayoría, simpatizaban con el partido de la Unión Patriótica (UP) y el Partido Comunista—, se distribuyeron estratégicamente en la charcutería del barrio, dos supermercados y una tienda, y empezaron a disparar de manera indiscriminada contra quienes se encontraban departiendo en el billar “El Golazo”, acto que produjo la muerte de 10 personas y otro tanto heridas.⁴

En hechos en los cuales no se trataba tan solo de la comisión de conductas aborrecibles, sino de aterrorizar, literalmente, a poblaciones enteras donde estos actores pretendieron establecerse a sangre y fuego —hechos en los cuales el ritual del horror, el escenario dramatizado de muerte, era lo importante para las máquinas de guerra—, la Sala especial aplica también la norma sobre terrorismo. Así, en otro caso, la Sala especial reitera su postura:

Ya ha expuesto la Sala con suficiencia que la finalidad de crear un estado de miedo fundado en la población fue el móvil principal de actuación del frente Fronteras. Basta con recordar los hechos 4, 5, 10 y 13 en donde aparte de la masacre, pintaron paredes con mensajes intimidatorios como “llegamos para quedarnos, la guerra apenas comienza”; “sabemos todo y todos morirán, AUC”; “fuera ladrones y vendedores de droga”; “A.C.C.U. GUERRILLERO TE UNIFORMAS O TE MUERES DE CIVIL”; “fuera sapos y ratas”; “rodaran cabezas”; “Fuera zorras”, entre otros. También, en algunos casos marcaron las prendas de vestir de sus víctimas asesinadas con las siglas AUC.⁵

En este punto coinciden los operadores colombianos, con una tendencia más general, que, en medio de los dilemas que surgen de las relaciones o fronteras entre guerra y terrorismo, entre terrorismo como instrumento de la guerra y terrorismo como el ejercicio de violencia indiscriminada, lo conciben como un crimen de guerra, como una infracción al DIH. Así, por ejemplo, siendo ello especialmente relevante, pues se trata del sistema de protección de derechos humanos del continente americano, que debe ocuparse de casos nuestros, con nuestras especificidades, dice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Aunque los actos terroristas y antiterroristas pueden dar lugar a situaciones de conflicto armado, cabe recordar que los conceptos de terrorismo y de guerra son distintos. En ciertas

⁴ Ibídem, § 939.

⁵ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia del 2 de diciembre de 2010, § 225.

circunstancias, las acciones terroristas y antiterroristas pueden comportar una violencia organizada de tal intensidad que dé lugar a un conflicto armado. Ese sería el caso, por ejemplo, en que las acciones terroristas y antiterroristas conlleven recurrir a la fuerza armada entre los Estados o en los casos en que existen enfrentamientos armados de baja intensidad y abiertos entre fuerzas o grupos armados relativamente organizados que tienen lugar dentro del territorio de un determinado Estado en algunos casos con respaldo o connivencia de otros Estados.⁶

En todo caso, para la Comisión, los actos de terrorismo deben ser concebidos sobre todo en el marco del conflicto armado. Así, agrega:

La violencia terrorista cometida en tales circunstancias también está sometida al derecho internacional humanitario, inclusive si se produce fuera de combate, siempre que los incidentes estén suficientemente vinculados al conflicto armado. Este sería claramente el caso, por ejemplo, en que los actos terroristas o antiterroristas son cometidos por agentes de una parte beligerante contra los miembros u objetos de una parte adversaria.⁷

La conclusión final es perfectamente compatible con lo expuesto en este texto:

También es importante recordar que el hecho de que se perpetren actos terroristas dentro del contexto de un conflicto armado no afecta por lo demás el carácter jurídico de ese conflicto, aunque, como se indicó, puede generar la responsabilidad penal individual del perpetrador o de su superior por dichos actos, en la medida en que constituyen violaciones graves del derecho y las costumbres de la guerra.

Por su parte, en debates más recientes, propiciados por autores que se ocupan de estudiar acciones terroristas en las nuevas “guerras” no convencionales que se libran en territorios alejados de Europa, pero en las cuales intervienen fuerzas europeas, una vez conciben un marco general de las acciones, que es el DIH, agregan condiciones para que efectivamente tengan lugar estos crímenes. Así, por ejemplo, en reciente publicación se dice:

No todo lo que hacen los llamados terroristas es en realidad un acto de terror. Los ataques de los grupos armados no estatales durante un conflicto armado no internacional pueden ser etiquetados como actos terroristas únicamente cuando cumplen los estrictos criterios establecidos

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe: terrorismo y derechos humanos*, 22 de octubre de 2002.

⁷ *Ibidem*.

por el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. Ataques adecuados contra las fuerzas armadas, que no tienen la intención de causar daño a la población civil, no constituyen actos de terrorismo.⁸

En este caso, se propone también una especie de confluencia entre el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, al cual este de hecho pertenece. También en el marco general del DIH se introducen distinciones, siempre complejas o problemáticas, pero respecto de las cuales se busca sobre todo establecer niveles de protección ampliada para los civiles, tema reiterado en este escrito. De este modo, otro autor agrega:

El derecho de los conflictos armados deja espacio para actos lícitos e ilícitos de terrorismo. Los primeros están compuestos por los actos de terrorismo cometidos contra combatientes, aunque que esta forma de terrorismo pueda constituir una violación de otras normas de derecho internacional humanitario, como la perfidia, no la hace necesariamente ilícita. Los segundos se componen de los actos de terrorismo cometidos contra civiles o no combatientes: esta forma de terrorismo es siempre ilícita en el contexto de un conflicto armado y puede denominarse el delito de terrorismo en el derecho de los conflictos armados.⁹

Tal como se ha dicho, así se ha laborado en el caso colombiano, tal como lo concibe Antonio Coco, teniendo en cuenta más el derecho penal internacional como ámbito general de imputación y de comprensión de las conductas, incluso de aquellas que constituyen actos de terrorismo. Por ello, son imputadas como infracciones al DIH. De hecho, además, en el ámbito internacional, a pesar de que ciertamente como tal el crimen de terrorismo no es un crimen internacional, actores activos en el tema consideran que es posible deducir del propio Estatuto de Roma el terrorismo como un crimen de guerra. En todo caso, estaría sometido a las reglas del DIH, es decir, se trataría más de un terrorismo en escenarios de guerra y no, por supuesto, de terrorismo como el que adelantan grupos islámicos radicales como el autodenominado Estado Islámico.

Dice el autor ya citado, no solo deduciendo consecuencias del Estatuto de Roma, sino confrontando la jurisprudencia en sí:

⁸ Antonio Coco, "The mark of Cain", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, mayo de 2013, p. 440.

⁹ Sebastien Jodoin, "Terrorism as a war crime", *International Criminal Law Review*, vol. 7, 2007, p. 96.

Los crímenes de guerra son graves violaciones de las normas consuetudinarias o convencionales que forman parte del *corpus* del derecho de los conflictos armados. En Tadić, la Sala de Apelaciones del TPIY estableció las condiciones en que tal violación puede constituir un crimen de guerra: (1) la violación debe equivaler a la infracción de una norma de derecho internacional humanitario; (2) esta regla debe formar parte del derecho consuetudinario o derecho convencional aplicable; (3) la violación debe ser “grave”, en otras palabras, debe constituir una violación de una norma que protege valores importantes, y debe implicar graves consecuencias para la víctima; (4) la violación de la regla debe implicar, en el derecho consuetudinario o convencional, la responsabilidad penal individual por la violación de la regla. En Galić, se afirmó que se habían cumplido las cuatro condiciones anteriores en relación con el artículo 51(2) del Protocolo I.

Además, agrega, para concretar su propuesta:

La Sala de Apelaciones, en Galić, afirmó con cierta confianza que los actos de terrorismo constituyen un crimen de guerra según el derecho internacional. Hay otras tres condiciones que deben cumplirse para cometer un crimen de guerra, las cuales son el alcance material y personal de la aplicación de las prohibiciones: la existencia de un conflicto armado, el nexo entre los actos de terrorismo y los conflictos armados y la focalización en los no combatientes.¹⁰

En el caso colombiano, no hay necesidad de deducir ad-hoc, digamos, el delito de terrorismo del Estatuto de Roma o de adaptar la jurisprudencia internacional, pues existe la norma comentada, como infracción al DIH. Además, también con buen criterio, la jurisprudencia, especialmente en el ámbito de Justicia y Paz, ha imputado el delito de *barbarie* como crimen de guerra o infracción al DIH.

2.2. Hechos de barbarie en escenarios de conflicto armado

De esta forma, además, en casos en los cuales el hecho de generar terror está ligado también a rituales de horror, los jueces construyen concursos materiales en los cuales se hace referencia al delito de barbarie en conflicto armado. Este se regula de la siguiente manera:

Artículo 145. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como delitos y sancionados con pena mayor, realice actos de no dar

¹⁰ *Ibidem*, p. 106.

cuartel, atacar a persona fuera de combate, de abandonar a heridos o enfermos u otro tipo de actos de barbarie dirigidos a no dejar sobrevivientes o a rematar a los heridos y enfermos u otro tipo de actos de barbarie prohibidos en tratados internacionales ratificados por Colombia incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a quince (15) años, multa de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a quince (15) años.

De esta forma y en desarrollo de casos macabros confesados por un jefe paramilitar, en los cuales se constató que el terror se generaba a partir de la decapitación de civiles inocentes, estableció la Sala:

Un acto de barbarie, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, denota la aplicación de crueldad innecesaria en el procedimiento y en los medios utilizados, o conlleva hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños innecesarios a la población civil. En los casos en concreto, el procedimiento utilizado después del homicidio de las personas protegidas, la decapitación y desmembramiento de los cuerpos, llevó implícito el resultado de demostrar crueldad e inhumanidad.¹¹

Continúa la Sala, haciendo alusión a su vez a la confesión:

De acuerdo con lo manifestado por HÉBERT VELOZA, en versión libre del 9 de julio de 2008, este tipo de actos correspondía al modus operandi del grupo y de los hombres bajo su mando, con lo que se pretendía generar terror en la población, las personas eran decapitadas para que la comunidad se sintiera intimidada ante los paramilitares, al respecto dijo:

Como lo he explicado, este es un caso también de principios del año 95, mayo, lo he explicado en varias de las versiones acá. Lamentablemente muchos de los errores que cometimos en ese afán y esa inexperiencia que teníamos en la vida y órdenes que recibíamos de Doble Cero y el entrenamiento que nos dieron, una de las formas de ganar la guerra era generar terror, una de las formas de combatir al enemigo era generar terror ante las comunidades, para que esas comunidades no le sirvan al enemigo, una forma de generar terror era esa: decapitando gente para generar terror ante la comunidad, por eso se presentaban estas situaciones [...].¹²

La tendencia de la jurisprudencia se mantiene hoy. Así, en providencia del año 2014, más sofisticada —pues en estas providencias desde ese año se incorpora la metodología

¹¹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia del 30 de octubre de 2013, § 942.

¹² *Ibidem*, § 944.

de investigación en contexto, ideada por la actual administración de la Fiscalía General—, se imputa a miembros de grupos paramilitares el delito de terrorismo como infracción al DIH. La sala inicia su exposición estableciendo la existencia de dos normas sobre terrorismo: el artículo 144 citado y

De manera adicional, en el artículo 343 *ibídem* se incorporó el punible de “Terrorismo”, con base en el cual: “El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de [...]. Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de [...]”.¹³

Luego agrega la Sala:

Del análisis de las normas anteriores, se advierte que algunas de las principales diferencias están demarcadas por el bien jurídico protegido, pero en especial, en que los actos de terrorismo se presentan en el marco de un conflicto armado o con ocasión del mismo, empero, se diferencian en que los dos delitos, el terrorismo y los actos de terrorismo, están destinados al mismo propósito, no otro distinto al de causar temor y zozobra en la población. Para ello, se observa, en cuanto interesa destacar para el delito que nos ocupa, esto es, el de actos de terrorismo, que los ataques indiscriminados o excesivos, están determinados por el fragor del conflicto armado, pero además, que están dirigidos con exclusividad, contra la población civil.¹⁴

De esta forma y respecto de los macabros hechos narrados, agrega la Sala, finalmente y respecto de las conductas imputadas:

Finalmente, restaría indicar que los actos de terrorismo contra la población se configuraron en el momento en el que con los actos indiscriminados de violencia registrada en esta pequeña zona del departamento de Arauca, se buscaba aterrorizar la población. No de otra forma podría interpretarse la forma en la cual se gestó la masacre, en lo específico, reunir a las personas mientras los ilegales ocultaban sus rostros con capuchas, y en general, de la forma como torturaron

¹³ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia del 24 de febrero de 2015, consideraciones, apartado 4.5.5.

¹⁴ *Ibídem*.

y asesinaron a los habitantes para luego dejar los cadáveres en los caminos de la zona para ser observados por la población.¹⁵

Este aspecto, la imputación del terrorismo como infracción al DIH es importante, además, respecto de sentencias que, como se verá, frente a las guerrillas sí han imputado el delito de terrorismo, no como infracción al DIH, sino en su concepción más general y objeto de múltiples críticas. Ciertamente, una distinción fáctica central es el hecho de que los miembros de grupos paramilitares, de manera general, no actuaron en las ciudades, por ejemplo, colocando granadas o bombas en ciertos lugares, ni desarrollaron acciones en la ciudad con el uso de medios más propios de las acciones terroristas, medios capaces de crear zozobra y terror directamente. Las guerrillas sí lo han hecho.

La metodología de terror de los paramilitares, bien concebida por los operadores dentro del DIH, se relaciona más con el sometimiento, a sangre y fuego y con los rituales del horror más deleznable, de las poblaciones donde ejercieron sus dominios. Por ello, sus acciones están más ligadas a delitos de lesa humanidad, que presuponen una victimización vertical y no una victimización horizontal, más ligada a la guerra degradada e indiscriminada. Los actos de terror —llegar a un territorio y decapitar a gente inocente y desarmada— de consolidación de territorios y de sometimiento infame a la población son más cercanos a los delitos de lesa humanidad que, se repite, presuponen más la lógica de dominación de un territorio y el sometimiento a una población.

Los crímenes de guerra se originan más en la confrontación entre actores, en la generación de *bajas* o de muertes entre los bandos y en la movilización de población civil como parte de dominios territoriales. Así, los hechos de tortura, como ocurrió en el caso de las dictaduras del Cono Sur, son concebidos más como delitos de lesa humanidad. Incluso, como es el caso colombiano, la tortura sobre personas protegidas —tanto más la de estos grupos paramilitares que en su sometimiento hicieron uso sistemático de la tortura— es más un delito de lesa humanidad. Es posible, en este caso y como ya se hace de hecho en Colombia, concursar, a manera de concurso ideal, casos de tortura como infracciones al DIH con la tortura como crimen de lesa humanidad. Pero, más allá de ello, lo que se quiere destacar aquí es la tensión, en estos casos, entre terrorismo y delitos de lesa humanidad. En los dos hay una victimización vertical, mediante el provecho de

¹⁵ Ibídem, componente fáctico, apartado 4.7.3.

un aparato criminal que sustituye al Estado —en numerosos casos con la propia complacencia de agentes estatales— y que somete a la población a sus dominios.

3. Delito político y tradición jurídico-política de incorporación de la guerra al derecho

De otra parte y como se ha dicho desde la introducción, el tratamiento tradicional que desde el punto de vista penal se les ha dado a las guerrillas socialrevolucionarias, incluso en épocas de degradación máxima del conflicto armado, ha sido el de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, asimilados a los combatientes de las guerra interestatales europeas clásicas. No ha sido el terrorismo como marco general y abstracto de imputación el recurso normativo y jurisprudencial para el tratamiento de estos miembros de grupos armados asimilados a combatientes. Cuando han cometido acciones propiamente terroristas —que definir las en contextos de guerra degradados es difícil—, se les ha imputado, de manera residual, el delito de terrorismo más genérico en la legislación penal, tal como ha sido reseñada la norma. Pero, en todo caso, el punto de partida es el de considerarlos delincuentes políticos que cometen acciones terroristas y no de grupos terroristas. Ello ha sido por tradición así y lo es aún más hoy en la constelación general del denominado Marco Jurídico para la Paz, estatuto normativo constitucional que se ha ideado para la incorporación de miembros de grupos armados organizados ilegales —también a funcionarios, pero este no es el caso en este punto—.

Este marco de justicia transicional no está concebido para delincuentes comunes —para bandas delincuenciales, por ejemplo, o meras asociaciones para delinquir— ni para terroristas, sino para delincuentes políticos que han cometido toda suerte de crímenes, particularmente crímenes internacionales. Por ello, además, la fuente de concepción del Marco ha sido más el derecho internacional humanitario que la legislación penal antiterrorista o contra el crimen organizado.

De esta forma, Para entender mejor los presupuestos expuestos, es necesario abordar, tanto en perspectiva hacia el futuro como en referencia al pasado y a la tradición, la

figura del delito político y, con ella, la de rebelión y sedición, en contraposición con la figura del terrorismo.¹⁶

Lo primero que se debe advertir es que el delito político, sobre todo y principalmente ligado a la rebelión, pero también a la sedición y a la asonada, ha tenido previsión constitucional desde las constituciones del siglo XIX. Además, en función del tema que nos ocupa, es una figura concebida en el horizonte de las guerras interestatales europeas, de modo que estatutos normativos ligados a la regulación, acotación o limitación de dichas guerras —como es el caso del derecho de gentes o *ius gentium*— fueron incorporados a nuestro derecho interno para regular las diversas confrontaciones que, a manera de guerras civiles, tuvieron lugar a lo largo del siglo XIX. El *ius publicum europeum* entraña al derecho público interno para regular confrontaciones bélicas de carácter interno.

3.1. Del derecho de gentes al derecho internacional humanitario

En el siglo XX, el derecho de gentes, que tenía además una referencia constitucional concreta en las disposiciones que regulaban el estado de sitio en la Carta Política de 1886, fue utilizado como mecanismo regulador del estado de sitio.¹⁷ Y, en todo caso, se trató siempre, en su concepción más genuina, de un mecanismo para acotar y limitar los efectos de las guerras, en una nación azotada por estas y que desde el siglo XX ha debido afrontar —y debe hacerlo aún— situaciones propias de conflicto armado interno.

En este sentido, además, debe entenderse que el derecho internacional humanitario, previsto en la nueva Carta Política en la regulación de los estados de excepción, es

¹⁶ Véase, en función de la reconstrucción jurídica y sociológica del delito político y en contraposición con el terrorismo, el texto básico para la discusión, de Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá: Temis, 2.ª ed., 2006, especialmente el capítulo IV.

¹⁷ Se trató del artículo 121 de dicha carta, que, refiriéndose al estado de sitio, establecía lo siguiente: "Artículo 121. En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros. El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias".

un heredero natural del derecho de gentes.¹⁸ A su vez, estas figuras —el delito político, el derecho de gentes— estuvieron asociadas, tanto en procesos de paz como en acciones de desmovilización de actores ligados a confrontaciones internas, a figuras como las amnistías o los indultos. Se trató siempre de figuras que, siendo propias de la regulación de las guerras interestatales europeas, el genio del derecho público colombiano adaptó a las confrontaciones internas. Por esa razón, ha sido tradición en el país el uso de instrumentos excepcionales para la regulación de las confrontaciones y, sobre todo, para la búsqueda de la paz y de la desmovilización de actores ligados a la guerra. De hecho, el Marco Jurídico para la Paz se coloca hoy en esta misma perspectiva.

3.2. Sobre la complejidad del delito político

En esa misma dirección, además —y ello hace parte directamente del tema que nos ocupa—, se debe concebir de manera general la figura de la complejidad del delito político en Colombia. En este sentido se entiende, igualmente y en consecuencia, el tema general de la conexidad de diversas conductas con el delito político; por ejemplo, con el delito de rebelión. Así se reguló en el artículo 125 del Código Penal de 1980 el delito de rebelión:

Artículo 125. REBELIÓN. Los que mediante empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de tres a seis años.

Enseguida, el artículo 126, establecía el delito de sedición de la siguiente manera:

Artículo 126. SEDICIÓN. Los que mediante empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en arresto de seis meses a cuatro años.

Luego de hacer referencia a la sedición, el Código Penal colombiano de 1980, en el artículo 127, establecía el fenómeno de la conexidad y, a partir de ella, el fenómeno

¹⁸ La Constitución Política hace referencia en diversas normas al DIH. Se destaca de manera especial la referencia que hace a su cumplimiento en los estados de excepción. Dice así la primera parte del artículo 214, que contiene las disposiciones comunes a los estados de excepción: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

mismo de la complejidad del delito de rebelión, que tuvo implicaciones fundamentales en el siglo xx (incluso más allá de la expedición de la sentencia de la Corte Constitucional de 1997, que declaró inconstitucional esta norma prevista en el artículo 127). Se trató del fenómeno general, concebido por la jurisprudencia, de la “conexidad sustancial” que “predica la convergencia en el delito de rebelión de todos los reatos que se enfilan a la teleología y fines propuestos con la insurrección”.¹⁹ Decía así la norma:

Artículo 127. EXCLUSIÓN DE PENA. Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

El punto de partida para concebir la complejidad del delito político —y, por ende, la posibilidad de que diversas conductas no constitutivas en sí mismas de delito de rebelión fueran concebidas como conexas a este, con efectos en la imputación de las conductas y con efectos sobre la concesión de indultos o amnistías— fue la asimilación del delincuente político al combatiente clásico de las guerras interestatales europeas. Es decir, el combatiente nuestro fue concebido a la sombra del combatiente clásico, así se tratara de acciones que tenían lugar en el propio territorio.

El punto de partida era la confrontación misma, de modo que el delincuente político no era concebido tan solo como delincuente, sino y ante todo como combatiente. De allí por qué la esencia dramática de la guerra, que son los combates, el ejercicio de las hostilidades y la posibilidad misma de producir la muerte de los combatientes enemigos, fue concebida como parte del delito de rebelión en cuanto delito político. Por ello estas muertes producidas en desarrollo de la guerra, a más por supuesto de las más diversas conductas, quedaban incorporadas en el delito base, que es el delito de rebelión.

En efecto, las muertes producidas en combate por quienes mediante el uso de las armas pretendían derrocar al régimen constitucional y legal vigente eran subsumidas en el delito de rebelión, de tal suerte que dichas muertes, lesiones personales y delitos ligados a la esencia misma de la confrontación no eran imputados de manera independiente a manera de concurso material heterogéneo. En categorías dogmáticas, se trató siempre de fórmulas de concurso aparente, resueltas por la vía de la consunción, es decir, de la absorción de diversos delitos por el delito base de la rebelión.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de febrero de 2001.

Este esquema general según el cual, como se ha dicho, las muertes o lesiones ocasionadas en combate quedaban incorporadas al delito de rebelión y de esta manera se conservaba para el derecho la tragedia de la guerra, que es la producción de muertes, y estas se entendían dentro de dicha tragedia, fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en una sentencia de 1997. En efecto, el artículo 127 del Código Penal fue demandado por un grupo de militares con el argumento de que suponía una especie de amnistía generalizada y anticipada, de tal suerte que llevaría a la impunidad las muertes producidas por las guerrillas. En una sentencia muy discutida, con salvamentos de voto, la Corte les dio la razón a los demandantes y declaró la norma inconstitucional.²⁰ Por ello es dable decir que desde ese momento se desvanece la esencia del delito político y queda más como una figura o como un instrumento *ad hoc* para la negociación política. Así, las muertes en combate producidas por las guerrillas son ahora imputadas de manera independiente al delito de rebelión, como homicidios, agravados estos, además, por tratarse de servidores públicos.²¹

3.3. Los delitos atroces y su exclusión del delito político

Sin embargo, al igual que en el derecho de la guerra, en el cual se incorporaron los límites a la confrontación bélica, también en el derecho público interno se incorporaron dichos límites, incluso antes de los desarrollos en el derecho internacional. Se trató, básicamente, de la fórmula, extraordinaria en nuestro ordenamiento, relacionada con la figura de los denominados “delitos atroces”, básicamente constituidos, como lo establecía el artículo 127, por los denominados “actos de ferocidad y barbarie”. Es decir, aquellas conductas constitutivas de ferocidad y barbarie no quedaban absorbidas por el delito de rebelión.

²⁰ Dice así el juez constitucional: “Para la Corte la respuesta es afirmativa: el artículo 127 equivale a una *amnistía general, anticipada e intemporal*. Es *general*, porque comprende a todos los rebeldes o sediciosos, sean ellos particulares o miembros de las Fuerzas Armadas de la República, y porque abarca todos los hechos punibles cometidos en combate, con sólo unas excepciones. Es *anticipada*, porque durante la vigencia de la norma los rebeldes o sediciosos saben que cualquier delito que cometan (con la limitación indicada) no estará sujeto a pena alguna. Y que ni siquiera será objeto de investigación, pues ésta se hará únicamente en relación con los delitos de rebelión o de sedición. Y es *intemporal*, porque no está sujeta a límite en el tiempo y comprende todos los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos antes de la vigencia de la norma y durante ella”. Corte Constitucional, sentencia C-456 de 1997.

²¹ Una reconstrucción detallada de este cambio de paradigma en la imputación de conductas delictivas en el marco de la guerra, en Alejandro Aponte Cardona, “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en APONTE CARDONA, *Derecho penal internacional. Textos escogidos*, o. cit., vol. I, pp. 220-257.

En razón de que estos actos no constituían normas en sí —es decir, tipos penales—, la jurisprudencia, frente a cada caso concreto, fue decantando estas nociones, de tal suerte que, una vez concebido un acto como feroz o bárbaro, se aplicaban los tipos penales correspondientes. Por ejemplo, el homicidio fuera de combate y, como se verá, las acciones contra civiles inocentes fueron siempre concebidos como este tipo de acciones que, además de tener implicaciones en cuanto a la imputación de conductas, tuvieron implicaciones frente a la no concesión de figuras como las amnistías o los indultos. Los actos de ferocidad o barbarie, concebidos como delitos atroces, excluían la posibilidad de las amnistías o de los indultos.

Así, por ejemplo, a manera de ilustración, en la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con radicado n.º 12661, de 1999, se constató el uso de explosivos por parte de rebeldes, así como que a dichos explosivos les fueron introducidos artefactos extraños y de gran peligrosidad, como tornillos.

Los hechos objeto del proceso fueron los siguientes: En la tarde del 12 de febrero de 1992, en zona urbana del municipio de San Vicente de Chucurí (Santander), cerca de la central de abastos, estalló una bomba mientras transitaba una patrulla del Ejército Nacional. La explosión dio como resultado la muerte de un soldado y dos colegas, así como que un capitán, el conductor de una volqueta y dos personas más fueran heridas. Considerando los hechos expuestos, la Sala Penal estableció:

El medio utilizado, artefacto explosivo, llevó implícito el resultado de causar temor en los habitantes de San Vicente de Chucurí. Los tornillos y otros elementos de hierro contenidos en la bomba para aumentar su poder destructivo, expelidos con el estallido, estuvieron destinados a agravar las heridas y aumentar los padecimientos de las víctimas afectadas con la explosión, lo cual torna bárbaro el acto.²²

De otra parte, en la providencia con radicación n.º 12051, del 25 de septiembre de 1996, la Sala Penal estableció lo siguiente:

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de mayo de 1999. Hay que destacar que, más actualmente, la jurisprudencia ha hecho hincapié en que el uso indiscriminado de medios de guerra que al desarrollar formas de violencia indiscriminada generan terror puede ser concebido como acto terrorista. Así, algunos actos que anteriormente eran concebidos como actos de ferocidad o barbarie hoy son concebidos más como actos terroristas.

Son actos de ferocidad y barbarie los que reprueba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes, precisamente por evidenciar la crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres, personas débiles o impotentes, y en general a la población civil que se afectó con semejante explosión en un populoso barrio.²³

3.4. El terrorismo como fórmula de exclusión del delito político

Tal como se ha dicho, además de los actos de ferocidad y barbarie, que no eran conexos con el delito de rebelión, se estableció el tipo penal de terrorismo, que fue incorporado en el mismo Código Penal de 1980, de tal suerte que este sí constituía en sí mismo un tipo penal que no podría ser conexo con aquellas conductas constitutivas de delito político. Decía así la norma en su configuración inicial:

Artículo 187. TERRORISMO. El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva, incurrirá de diez (10) a veinte (20) años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho.

De esta forma, los delitos propios de la acción militar y de la rebelión o de la sedición quedaron conectados conceptualmente con el delito de terrorismo, pero, como se ve, dicha conexión conceptual tuvo lugar para diferenciarlos precisamente. Se reconocía la guerra, al mismo tiempo que se reconocía la posibilidad en general de comisión de delitos de terrorismo, pero ambos quedaban separados, de tal suerte que el terrorismo no fue nunca un ámbito general de imputación de crímenes cometidos en el contexto del conflicto armado. Hay que anotar, por supuesto, que en momentos complejos de las diversas coyunturas el terrorismo pareció absorber los delitos cometidos en la guerra, como el delito de rebelión y sedición y otros delitos conexos. Pero esta no ha sido ni es ahora la situación general.²⁴

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de septiembre de 1996.

²⁴ Para una reconstrucción, con plena actualidad, de las relaciones y tensiones entre el delito político y el terrorismo, véase, Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, editorial Temis, Bogotá, segunda edición, 2006, pp. 134 y ss.

4. Infracciones al derecho internacional humanitario como sucedáneos de los antiguos “delitos atroces”

Ahora bien, hoy, con base en la normatividad del nuevo Código Penal, aquellos delitos que constituyen crímenes internacionales —como aquellos que hacen parte del título II, que representan infracciones al derecho internacional humanitario—, según el caso, serían conductas constitutivas de ferocidad o barbarie; incluso el tipo penal de terrorismo en desarrollo del conflicto armado interno, contenido en el artículo 144 del Código Penal vigente, o el delito de barbarie, como se reseñó al comienzo del escrito. (Hoy ya no existen en el ordenamiento penal colombiano las nociones de *ferocidad* y *barbarie*.)

De otra parte —y esto es muy relevante frente al efecto simbólico que se rescata en este informe, relacionado con el delito de rebelión y con el delito político en general—, se aclara siempre que el hecho de que se haya utilizado el derecho de gentes y hoy el derecho internacional humanitario ha tenido en la tradición el efecto no de incitar o legitimar la guerra o la confrontación, sino de acotarla. Además, tiene el sentido final de acercar a las partes en conflicto, precisamente, cuyos actores no son consideradas meros delincuentes, sino combatientes en escenarios de conflicto armado, que deben ser frenados en sus consecuencias. Así, por ejemplo, reza una providencia emblemática de la Sala Penal:

Es que del reconocimiento de la guerra o de los conflictos armados como una realidad y, por ende, del altruista propósito de sujetar a los combatientes a unas reglas que limiten sus métodos y medios de acción, con el fin de proteger a la persona humana, no se sigue alegremente que el derecho internacional humanitario legitima la guerra o la existencia de los conflictos armados o de grupos insurrectos o la recurrencia a formas inhumanas de ataque o a potentes instrumentos de desolación por parte de las asociaciones armadas irregulares, porque, a más de reducir los estragos de las confrontaciones bélicas, dicho ordenamiento, fruto de los pactos internacionales y de la conciencia de la humanidad, apunta estratégicamente a lo que Kant definió elocuentemente como el modo de “hacer la guerra según principios tales que sea siempre posible salir de ese estado natural y entrar en un estado jurídico” (“Principios metafísicos del derecho”, p. 190).

Sólo con el compromiso de los enfrentados en el conflicto, tanto los irregulares como la fuerza pública, de humanizar la terrible confrontación bélica, de evitar las crueldades innecesarias en las operaciones militares de uno u otro bando, para que no siga acreciendo el rencor y el deseo

de venganza, se conserva la esperanza de la paz en la república y de la reconciliación entre los opositores armados.²⁵

De igual forma, la aplicación del derecho internacional humanitario no ha sido concebida en el país como una especie de patente de corso para la comisión de toda clase de conductas, sino que ha tenido un desarrollo en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, ligado a la humanización de la guerra, a su acotamiento, a su limitación. Por ello, el autor ha hecho referencia en varios escritos a un proceso de *humanización del derecho internacional humanitario*, es decir, al énfasis en el reforzamiento del aspecto humanitario de las leyes de la guerra y no su ampliación para actuar de manera indiscriminada. Ello vale tanto para las fuerzas disidentes como para las fuerzas armadas y de policía.

Si bien los debates actuales incluyen las tensiones entre el ámbito de protección propio del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) —más ligado a la paz— y el ámbito del DIH, más ligado a la guerra, de tal suerte que las fuerzas armadas reclaman un tratamiento penal más ligado al DIH y no al DIDH —más exigente y mucho más restrictivo—, esto no quiere decir en ningún caso que el DIH sea permisivo. Al contrario, como se dice, justamente por la degradación del conflicto en Colombia, su verdadera esencia está ligada a su aspecto humanizante, sobre la base de una extensión mayor de la protección de los civiles ajenos al conflicto y en general de todo el espectro de personas protegidas, contenida en el parágrafo del artículo 135 del Código Penal, que regula el homicidio en persona protegida.

Este es el auténtico sentido del derecho internacional humanitario en el caso colombiano. Al mismo tiempo, su sentido tiene que ver con el reconocimiento de una situación concreta, que es el conflicto armado, para, a partir de ella, obrar como marco general de ilustración de crímenes cometidos por actores armados ilegales o incluso por miembros de las fuerzas armadas o de policía. Como se ha dicho desde un principio, es este el contexto general de imputación de conductas que constituyen crímenes internacionales, hoy también a partir del Marco Jurídico para la Paz, y no el terrorismo o el derecho penal ligado al crimen organizado. Incluso, ello ha dado pie para que, por ejemplo, el fiscal general de la Nación haga referencia hoy a un “derecho penal del conflicto armado”, diferente a un derecho penal antiterrorista.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de septiembre de 1996.

5. Acciones terroristas que no son abordadas en el marco general del derecho internacional humanitario

Si bien, como se ha documentado, el marco general para tematizar los múltiples actos cometidos en el desarrollo del conflicto armado interno ha sido el de los crímenes internacionales y no el del terrorismo, también la jurisprudencia ha aplicado el tipo penal de terrorismo, por fuera del ámbito del DIH, a acciones adelantadas por las guerrillas. Lo ha hecho, además, para diferenciar cuándo tienen lugar hechos ligados al carácter de los actores —rebeldes revolucionarios en confrontación armada— y cuándo tienen lugar hechos que, si bien son cometidos por esos mismos actores, no corresponden al *telos* de la guerra, sino que la desbordan, lo que no desnaturaliza la existencia como tal del conflicto armado ni el carácter de los actores. Así, por ejemplo, en un auto por el que se definió el juez competente para juzgar hechos concretos, la Sala Penal de la Corte estableció:

[...] de acuerdo con esas definiciones legales y con la doctrina de la Sala, el carácter de *rebelde* no sólo se predica de quien como integrante de un grupo al margen de la ley y en su condición de combatiente pretende mediante el empleo de las armas el derrocamiento del gobierno de turno y la supresión del régimen constitucional vigente con la toma violenta del poder, para imponer sus ideas y establecer un nuevo orden, sino también de todo aquel que, sin dejar de lado las armas, realiza actividades de instrucción, adoctrinamiento ideológico, financiamiento, inteligencia, relaciones internacionales, reclutamiento, publicidad, planeación, infiltración, y en fin, de cualquier otra índole que tenga aquella misma finalidad —Cfr. proveídos del 12 de agosto de 1993, Rdo. 7504; 9 de marzo de 2000, Rdo. 13435; y 21 de febrero de 2001, Rdo. 18065, entre otros—.²⁶

Por su parte, en este mismo auto que, como se ve, se refiere a otros autos anteriores, ya en función del carácter terrorista de una acción, agrega la Sala:

En tanto que cabe señalar como *terrorista* al individuo que mediante la ejecución de actos de barbarie con capacidad suficiente para infundir en la población o en un sector de ella, estado de zozobra, terror, pavor o pánico, inseguridad, intranquilidad e inestabilidad sociales, pone en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas, o sus bienes, o los de la comunidad, sojuzgando la voluntad no sólo de quienes directamente padecen sus consecuencias, sino también la de toda la población a la cual van dirigidos sus efectos —Cfr. auto del 29 de marzo de 2001, Rdo. 17264—.²⁷

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 21 de mayo de 2012.

²⁷ *Ibidem*.

Si la Sala Penal de la Corte ha debido, a través de diversos autos, establecer pautas para diferenciar bien la competencia frente a actos de la guerra ligados a la rebelión y actos puros de terrorismo, es porque se trata, desde luego, de temas complejos con fronteras en ocasiones difusas. Lo importante es señalar que la ocurrencia de acciones terroristas no le quita el carácter de conflicto armado a la confrontación. Incluso, como se dijo en su momento, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ocupó de este hecho, teniendo en cuenta particularidades de la región.²⁸

En cualquier caso, también es posible imputar, como se ha dicho, actos de terrorismo por fuera del DIH, sin que ello varíe el carácter mismo del conflicto y de los actores. Así, además de los autos reseñados, la justicia penal se ha ocupado de un caso especialmente complejo, que es el del Club El Nogal.

En este caso, las FARC colocaron explosivos en un club social y cultural situado en el corazón mismo de la ciudad de Bogotá, con lo que ocasionaron decenas de muertos, numerosos heridos y la destrucción no solo del club, sino también de casas aledañas. Así, a las 8:11 p. m. del 7 de febrero de 2003, el automóvil Renault Megane rojo de placa BNX 361, con más de 150 kilos de anfo, explotó en el nivel 4 del edificio de la Corporación Club El Nogal, ocasionado la muerte a 36 personas, lesiones a 158, daños a decenas de automotores y edificaciones aledañas, entre ellas 185 viviendas.

El punto de partida de la providencia es el reconocimiento del conflicto, hecho claro al cual se ha hecho referencia en este escrito:

No puede negarse que en Colombia existe un conflicto armado interno desde hace muchos años. Por una parte, se encuentra la subversión que pretende derrocar el Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente y, por la otra, las fuerzas militares que tienen por finalidad primordial la defensa del orden constitucional. Las FARC persiguen lo primero y constituyen un grupo armado al margen de la ley o un ejército irregular.²⁹

Luego, el tribunal superior de Bogotá se detiene en el estudio del tipo penal de terrorismo, no como infracción al DIH, sino en su concepción más amplia contenida en el artículo 343 del Código Penal reseñado previamente. Adelanta consideraciones importantes, aunque mezcla esta noción amplia de terrorismo con la propia de la infracción al DIH, pues hace relación a la población civil. Debe entenderse, en general, que el

²⁸ Véase la nota 7 en el presente trabajo.

²⁹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, sentencia del 26 de agosto de 2010.

tribunal está llamado la atención sobre el respeto de los actores de la guerra a los civiles inocentes, independientemente del tipo de crimen que cometan. En todo caso, esta no es una conclusión extraña a la discusión general sobre la protección de los civiles incluso ante actos terroristas, y no solo ante crímenes internacionales como tales.

El tribunal añade, respecto de la estructura básica del terrorismo, que este delito, regulado en el artículo 343 del Código Penal, presupone:

(i) Provocación o el mantenimiento en estado de zozobra o terror de la población o un sector de ella; (ii) Que tal estado se haya producido por actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas, o a las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices y (iii) La utilización de medios aptos para causar estragos.

De esta forma, agrega:

Es decir, se requiere la conjunción de conductas, medios y resultados, del tal modo que provoque o mantenga el estado de zozobra o terror de la población o de una parte de ella con la ejecución de actos que por lo menos pongan en peligro la vida, la integridad personal o la libertad de sus integrantes, o de los bienes, con el empleo de medios capaces de producir estragos. Los verbos rectores son *provocar* o *mantener*. La acción del agente genera estados de zozobra o terror o de inseguridad colectiva y así la acción perturba la tranquilidad pública o el normal desarrollo de la actividad social. Los actos han de constituir un peligro concreto contra la vida, la libertad o la integridad de las personas o de las edificaciones o medios de comunicación o transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices. Igualmente, el medio debe ser idóneo para causar daños graves e indiscriminados.

En relación con el tema que nos atañe, se tiene entonces que el tribunal condena a los implicados por el delito de terrorismo, a más de aquellos otros diversos delitos que se cometieron. Lo interesante es, además, que el marco general de imputación no es el terrorismo, sino la rebelión, en razón de los actores y de la tradición comentada. Pero se les imputó el tipo penal de terrorismo.³⁰

³⁰ En otro caso interesante, sobre todo por tratarse de una ciudad capital en el centro de la cual guerrilleros de las FARC lanzaron una granada, en las horas de la noche, a un establecimiento de comercio cuyo dueño se negaba a pagar extorsiones, como represalia por dicha negativa. La Sala Penal de la Corte evaluó el hecho en conjunto y resaltó que este no era un acto aislado, sino que hacía parte de una forma de crear zozobra y temor permanente en aquellas personas que se negaran a pagar la extorsión. La Sala Penal resaltó el medio utilizado: una granada. Por ello,

6. El Marco Jurídico para la Paz: un nuevo esfuerzo por incorporar actores de la guerra al pacto social reformulado

El esfuerzo reseñado, de no caer —y menos en lógica transicional— en el expediente cómodo y fácil de reducir al terrorismo crímenes derivados del conflicto armado interno, tiene lugar, además y de forma fundamental, en la actual discusión sobre el tratamiento que tendrían los sujetos a los cuales se les aplicaría el denominado Marco Jurídico para la Paz.

Este instrumento complejo, contenido en el acto legislativo 01 de 2012, reformativo de la Constitución Política, introdujo en la Carta un marco de justicia transicional y excepcional, con definiciones en esta dinámica transicional y con diversos mecanismos para el tratamiento de los sujetos a los cuales se aplicará. Esto tiene como base el proceso de paz en curso con las guerrillas de las FARC y se espera que a él se sumen las guerrillas, minoritarias pero activas, del denominado Ejército de Liberación Nacional (ELN).

Antes de hacer referencia a las normas principales del marco, hay que reseñar que existen dos concepciones contrapuestas frente al conflicto armado interno. Una, minoritaria pero muy radicalizada y con algunos agentes que han adelantado toda suerte de actos de sabotaje contra el proceso de paz, en lugar de concebir que existe conflicto armado interno en Colombia, concibe la violencia política y social en la cual está inmerso el país desde hace años como una “amenaza terrorista”, a la cual hay que responder con todas las armas del Estado, una de las cuales sería el uso instrumental del derecho penal como una continuación de la guerra por otros medios o, en todo caso, el uso del derecho penal frente a enemigos absolutos, como serían los meros terroristas.

No se trataría del DIH o del derecho penal internacional como ámbito general de imputación de conductas, sino la legislación terrorista como una legislación de

la sentencia aporta una valoración muy interesante sobre los medios usados no contra enemigos, sino contra civiles, medios que, a su juicio, están situados en una lógica terrorista y no propiamente de confrontación armada. Dice la Sala: “De acuerdo con eso, pese a que el atentado iba dirigido a los propietarios de la Ferretería Horizonte por su negativa a colaborar, el medio utilizado, granada de fragmentación, también comprendía, de modo implícito, la finalidad comentada, la de generar terror y zozobra en los demás comerciantes que eran extorsionados por miembros de las FARC”. Cierra así el argumento: “Lo determinante para haber tenido el atentado como configurativo del delito de terrorismo resultó ser la ejecución de un acto peligroso para la vida e integridad de las personas o edificaciones, mediante el uso de medios capaces de causar estragos, colocar y hacer explotar una granada de fragmentación, como ya se tuvo oportunidad de explicar en respuesta a la primera demanda”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de mayo de 2008.

sometimiento. Sería el uso más clásico del derecho penal de enemigo, como un derecho penal instrumentalizado que convierte al sindicado en enemigo, trastorna la respuesta estatal frente a situaciones de guerra y se apoya en el uso también instrumental del terrorismo como ámbito general de imputación de conductas.

En cambio, existe una concepción mayoritaria, seguida por todo el aparato de justicia penal, por la mayor cantidad de expertos y académicos, por la Corte Constitucional, por el Poder Legislativo y por el Poder Ejecutivo actual, que confirma la existencia del conflicto armado interno y la necesidad de buscar la paz con enemigos relativos y concebidos a partir de una simetría moral. Para el enemigo absoluto, solo queda el derecho penal de enemigo; para un enemigo relativo, un marco con condiciones y que busca armonizar los componentes de la triada *verdad, justicia y reparación*. En todo caso, levantado sobre la base de la investigación y sanción de acciones constitutivas de crímenes internacionales.

Esta inclusión tiene que ver también, por supuesto, con la incorporación de toda la sociedad y en especial de las víctimas, muchas de ellas también, por tradición, excluidas del pacto social. Este mismo debe abrirse; por ello, no se trata de una inclusión meramente simbólica, sino real, que presupone siempre la propia ampliación del pacto social que aún está en proceso de construcción en Colombia. Los sujetos a quienes se les aplicará el Marco son concebidos entonces como rebeldes o delincuentes políticos que en algunos casos también han cometido acciones terroristas, pero que no se consideran en sí mismos terroristas.

Esta concepción constituye el *telos* real del Marco Jurídico para la Paz. Dice así en su parte inicial el artículo transitorio 66, reformativo de la Carta Política.

Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo.³¹

³¹ El acto legislativo completo, se puede consultar en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48679>>.

El Marco Jurídico ha sido declarado constitucional en sus dos artículos: el primero, artículo 66 transitorio de la Carta Política, que introduce los aspectos centrales, y el artículo 67, que se refiere a la posible participación en política de antiguos combatientes, considerando aquellos delitos conexos con el delito político (delito de rebelión).

Excede los límites de este escrito ahondar en todos los temas del acto legislativo. Se tendrá en cuenta, sobre todo, la base de la discusión sobre los actores a los cuales se les aplicará, en función de las tensiones entre crímenes internacionales y terrorismo; en este caso más concreto, entre delito político y terrorismo.³²

6.1. Sujetos de aplicación del Marco

Como se ha dicho, el Marco Jurídico para la Paz constituye un enorme esfuerzo de creación constitucional, elaborado con el propósito de ser aplicado a los actores de la guerra que, luego de un proceso de paz hoy en día en curso, se desmovilicen, desactiven sus máquinas de guerra y cumplan una serie de condiciones, como la entrega de los menores, de personas secuestradas, la contribución a la verdad, etc. También, como se anotó al principio, se aplicaría a funcionarios públicos y agentes del Estado, como militares, policías y funcionarios civiles, todos ellos comprometidos en la comisión de crímenes internacionales, siempre y cuando reconozcan públicamente su responsabilidad y cumplan con todas las exigencias del Marco. Estas son, como establece el texto:

En cualquier caso, el tratamiento penal especial mediante la aplicación de instrumentos constitucionales como los anteriores estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley.

³² Se destaca aquí de manera particular el texto denominado *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013*, publicado bajo la coordinación de Kai Ambos, por la editorial Temis de Colombia, la Fundación Konrad-Adenauer y el recién creado —bajo la coordinación de Kai Ambos y el apoyo académico de Ezequiel Malarino— CEDPAL, en Göttingen, que reúne a varios autores que trabajan diversos temas derivados de la sentencia. Es un esfuerzo pionero en la materia. Se aclara, además, que el autor de este informe, como consultor del despacho del señor fiscal general de la Nación, ha producido diversos documentos sobre el marco para la paz y sobre la sentencia, textos que son base de discusión con los fiscales.

6.2. Selección de casos y máximos responsables

El Marco establece un filtro fundamental a través de la selección de casos que serán conocidos por el sistema judicial penal: se trata únicamente de casos en que estén comprometidos los máximos responsables por conductas que constituyen crímenes nucleares del derecho penal internacional. Dice así el artículo 66 transitorio reformativo de la Constitución, en su parte correspondiente:

Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática [...].

Se observa entonces que la selección supone tanto las personas —los máximos responsables— como los delitos —a los que, como se ve, se les ha colocado la exigencia adicional de que sean cometidos de manera sistemática—. Este último punto puede entenderse, en el *telos* general de la norma, como una forma de elevar el umbral de exigencia para la selección. Si no se tratara de delitos —incluso de crímenes de guerra— cometidos de manera sistemática, serían decenas de miles los casos posibles de selección, dada la cantidad de delitos cometidos, sobre todo si la norma hace referencia a “todos” los delitos. Pero este punto generó, en la sentencia de constitucionalidad de esta norma, una interpretación antitécnica, objeto de numerosas críticas.

Se trata de la sentencia C-579, de 2013, que será reseñada posteriormente, pero que se cita aquí en este contexto de crítica. La Corte Constitucional concibe esta sistematicidad exigida en la norma como el contexto material —conflicto armado—, que es propio de los crímenes de guerra—. Parece asimilar, como contexto, a la sistematicidad propia de los delitos de lesa humanidad la noción de conflicto armado, que es el contexto material exigido para los crímenes de guerra. De allí por qué se critica este hecho y se dice:

La Corte equipara equivocadamente el significado de la expresión “cometidos sistemáticamente” al elemento contextual material que caracteriza a los crímenes de guerra. Los crímenes de guerra por definición son conductas ligadas a un conflicto armado; no requieren un patrón

o línea de conducta, es decir, una práctica sistemática, tal como ocurre con los crímenes de lesa humanidad.³³

Ahora bien, los casos seleccionados son aquellos que serán investigados, juzgados y sancionados por el sistema judicial penal, y, en ese entendido, los sujetos de esos casos podrán ser objeto de beneficios judiciales, como las penas alternativas, la suspensión parcial —no total— de la ejecución de la pena y las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena.³⁴ En cambio, para los no seleccionados —que se entienden constituirán la mayor cantidad de casos que comprometen a la población desmilitarizada—, se autoriza la mediación de una comisión de la verdad y la imposición de sanciones extrajudiciales, como mecanismos posibles de esclarecimiento de la verdad y también de atribución de responsabilidad individual no penal por su participación en el conflicto armado interno.

Precisamente, en esta dirección se debe aclarar que una de las discusiones más ricas e interesantes en relación con el Marco para la Paz tiene que ver justamente con los mecanismos alternativos a la mera sanción penal, entendida siempre como la imposición de la pena carcelaria. Se ha abierto un debate muy complejo en el país sobre penas alternativas, sanciones extrajudiciales, mecanismos de justicia restaurativa y fórmulas de *reparación transformadora* —concepto que el autor de este informe viene utilizando en la discusión pública y que se refiere a la posibilidad de aplicar mecanismos de reparación, más de *abajo arriba*, en los que prime el interés de la comunidad por la auténtica reconstrucción de tejido social, con una participación activa tanto de los sujetos de la guerra como de las víctimas—.³⁵ Se espera, además, que como fruto de esta rica discusión no solo el sistema penal transicional aboque cambios en la concepción de las penas y del sentido mismo del derecho penal, sino que ello permee todo el sistema penal.³⁶

³³ Kai Ambos y John Zuluaga, “Análisis del fallo sobre el marco jurídico para la paz”, *Ámbito Jurídico*, 27 de enero de 2014. Este tema es retomado de manera detallada en el texto reseñado en la nota anterior, dedicado al estudio de la sentencia, en los diversos puntos problemáticos: *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013*. En este caso particular, véase el aporte de Gustavo Cote y Diego Tarapués, en las pp. 251 ss.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2013, fundamentos 8.3.2.vi.

³⁵ Véase al respecto, el texto de Alejandro Aponte, *Dinámica de la reparación en el proceso penal especial de Justicia y Paz. El impacto de los incidentes de reparación integral*. Se encuentra publicado en el siguiente link: <http://www.citpa-observatorio.org/images/stories/Monografico_3_Incidentes_de_reparacin>.

³⁶ En esta dirección, el autor desea resaltar el impacto que en el país han tenido los diferentes foros que sobre cada uno de los temas álgidos del marco —particularmente el relacionado con penas alternativas a la prisión— ha desarrollado el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, en alianza con las más diversas or-

Hay que aclarar que el Marco para la Paz establece que durante un periodo fundamental, que puede llegar a ser de diez años, el Congreso de la República debe dictar leyes de carácter estatutario, más exigentes y más complejas, en las cuales se regulen todos aquellos temas derivados del Marco; por ejemplo, la figura del máximo responsable, el carácter de los delitos de lesa humanidad, la participación política de excombatientes, las penas alternativas, etc. Todo ello, además, como desarrollo e implementación del proceso de paz mismo, que se espera llegue a un buen término.

Así, de manera general y como conclusión, se tiene que el Marco Jurídico está concebido en el contexto del conflicto armado interno y que su gran contexto de aplicación es el derecho internacional humanitario, además, por supuesto, de una constelación de crímenes internacionales. Pero no es el terrorismo su contexto de aplicación ni el de los delitos transnacionales. Por ello, además, el Marco se reafirma con las nociones de delito político y de rebelión. Está ligado, en este sentido y directamente, con la más cara tradición del derecho público colombiano, de incorporación de actores de la guerra al pacto social y de búsqueda de soluciones jurídico-políticas. Es una estrategia de inclusión, ligada al reconocimiento explícito de la paz aún no hallada en su totalidad como condición para la validez de la norma y de inexistencia de un ordenamiento jurídico válido para todo el territorio nacional. Ello, incluso a pesar del crecimiento económico del país y de su consolidación como una nación importante en el contexto continental y mundial.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, y John ZULUAGA, “Análisis del fallo sobre el Marco Jurídico para la Paz”, *Ámbito Jurídico*, 27 de enero de 2014.
- *Justicia de transición y constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013*, Bogotá: Fundación Konrad-Adenauer y Temis, 2014.
- APONTE CARDONA, Alejandro, “Análisis crítico de la jurisprudencia penal nacional de crímenes internacionales”, en Alejandro APONTE CARDONA, *Derecho penal internacional. Textos escogidos*, vol. II, Bogotá: Universidad Javeriana y Gustavo Ibáñez, 2014, pp. 101-169.
- “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en Alejandro APONTE CARDONA, *Derecho penal internacional. Textos escogidos*, vol. I, Bogotá: Universidad Javeriana y Gustavo Ibáñez, 2014, pp. 220-257.

ganizaciones ligadas al proceso transicional, con el apoyo de diversas universidades y la publicación jurídica *Ámbito Jurídico*, especialmente en el año 2014.

- “Dinámica de la reparación en el proceso penal especial de Justicia y Paz. El impacto de los incidentes de reparación integral”, en http://www.citpaxobservatorio.org/images/stories/Monografico_3_Incidentes_de_reparacin.
- *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2006 (versión publicada en Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008).
- COCO, Antonio, “The mark of Cain”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, mayo de 2013, pp. 425-440.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe: terrorismo y derechos humanos del 22 de octubre de 2002”, <http://www.cidh.oas.org/Terrorism/Span/b.htm> (24.4.2015).
- JODOIN, Sebastien, “Terrorism as a war crime”, *International Criminal Law Review*, vol. 7, 2007, pp. 771-15.
- OROZCO, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá: Temis, 2.ª ed., 2006.

Referencias jurisprudenciales

Corte Constitucional

- Corte Constitucional, sentencia C-456, del 23 de septiembre de 1997, MP: Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, sentencia C-579, del 28 de agosto 2013, MP: Jorge Pretelt Chaljub.

Corte Suprema de Justicia

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de febrero de 2001, radicado n.º 12108, MP: Jorge Córdoba Poveda.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de mayo de 1999, radicado n.º 12661, MP: Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de septiembre de 1996, radicado n.º 12051, MP: Jorge Aníbal Gómez Gallego.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de septiembre de 1996, radicado n.º 12051, MP: Jorge Aníbal Gómez Gallego.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 21 de mayo de 2012, radicado n.º 19434.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de mayo de 2008, radicado n.º 24613, MP: Sigfredo Espinosa Pérez.

Tribunal Superior de Bogotá

Tribunal Superior de Bogotá, sentencia con radicado n.º 110013107008200500005, del 26 de agosto de 2010.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia del 2 de diciembre de 2010, radicado n.º 110016000253200680281, MP: Uldi Teresa Jiménez López.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia del 30 de octubre de 2013, radicado n.º 1100160002532006810099, MP: Eduardo Castellanos Roso.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicado n.º 11001600025320088361200, MP: Uldi Teresa Jiménez López.

LA RELACIÓN ENTRE TERRORISMO, CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y VIOLACIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Dino Carlos Caro Coria

RESUMEN. La esquivada definición del terrorismo presenta serias dificultades en su asimilación a distintos ámbitos jurídicos. En el caso del derecho penal internacional, por ejemplo, se plantea la problemática cuestión sobre la viabilidad de que los actos de terrorismo puedan ser entendidos como crímenes contra la humanidad. En esta contribución se sostiene la idea de que el terrorismo implica una serie de actos que deben ser entendidos como lesivos de los derechos humanos y cuya justiciabilidad en el ámbito de una instancia supranacional se hace viable en el concreto escenario en el que un Estado se encuentre imposibilitado de castigar tales hechos. Sin embargo, se advierte que esto no debe hacer perder de vista que, en términos cualitativos, el terrorismo obedece a una fenomenología criminal que no llega a ser comparable con la que se entiende como subyacente a la de los crímenes contra la humanidad.

Palabras clave: terrorismo, crímenes contra la humanidad, violaciones al DIH.

ABSTRACT. The elusive definition of terrorism poses serious difficulties for its assimilation in different fields of law. In the case of international criminal law, for example, the question is whether terrorist acts can be understood as crimes against humanity. We put forth the idea that terrorism implies a series of acts which must be understood as violations of human rights and which can be brought to trial before a supranational entity specifically when a State is unable to punish these acts. Nonetheless, we caution that it is important not to lose sight of the fact that, in qualitative terms, terrorism responds to a criminal phenomenology which is not comparable to the one which underlies crimes against humanity.

Key words: terrorism, crimes against humanity, violations of IHL.

ZUSAMMENFASSUNG. Aufgrund seiner unscharfen Definition bereitet die Zuordnung des Terrorismus zu einzelnen Rechtsbereichen große Probleme. So stellt

sich zum Beispiel beim internationalen Strafrecht die schwierige Frage, inwieweit terroristische Handlungen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit verstanden werden können. Im vorliegenden Beitrag wird die Auffassung vertreten, dass sich der Terrorismus aus einer Reihe von Handlungen zusammensetzt, die als Verletzung der Menschenrechte zu verstehen sind und deren Justiziabilität vor einer transnationalen Instanz dann zulässig ist, wenn ein Staat außerstande ist, solche Taten zu ahnden. Dabei darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass der Terrorismus qualitativ einer kriminellen Phänomenologie zuzuordnen ist, die nicht mit derjenigen zu vergleichen ist, welche Verbrechen gegen die Menschlichkeit zugrunde liegt.

Schlagwörter: Terrorismus, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Verletzungen des Humanitären Völkerrechts.

1. Terrorismo

1.1. Introducción

Analizar el fenómeno reconocido como *terrorismo* supone admitir, como punto de partida, que ni en el ámbito del derecho penal¹ ni en el ámbito del derecho internacional² se ha logrado alcanzar una definición unánime ni definitiva.³ Ahora bien, aunque en este último no se haya logrado consolidar una conceptualización de tal fenómeno, es posible manifestar que en diversos instrumentos convencionales⁴ se han reconocido

¹ Por todos, Carmen Lamarca Pérez, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1986, p. 27, y Mariona Llobet Angl, *Terrorismo y "guerra" contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático*, tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2008, p. 32.

² Por todos, Héctor Olásolo Alonso y Ana Isabel Pérez Cepeda, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, § 15.

³ Cf. Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, t. 2, pp. 228-230; ídem, "Amicus curiae brief submitted to the appeals chamber of the special tribunal for Lebanon on the question of the applicable terrorism offence with a particular focus on 'special' special intent and/or a special motive as additional subjective requirements", *Criminal Law Forum*, 2011, pp. 396 ss.; ídem, "Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿Es el terrorismo un crimen internacional?" (traducción al español de Ezequiel Malarino), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, UNED, n.º 7, enero de 2012, p. 158.

⁴ Así, por ejemplo, la Convención Árabe para la Supresión del Terrorismo, de 22 de abril de 1998 (artículo 1.2); la Convención de la Organización de la Conferencia Islámica para Combatir el Terrorismo Internacional, de 1 de julio de 1999 (artículo 1.2); la Convención para la Prevención y el Combate al Terrorismo en la Unión Africana, de 14 de julio de 1999 (artículo 1.3); la Convención de la ONU para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo, de 1999 (artículo 2.1.b). Además de estos tratados internacionales, es posible mencionar la existencia de una serie de resoluciones de la Asamblea General de la ONU sobre la materia: la Declaración sobre las Medidas para la Eliminación del Terrorismo

determinados hechos como propios del terrorismo: la toma de rehenes, el secuestro y la destrucción de aeronaves civiles, los ataques contra la vida, la integridad física o la libertad de personas internacionalmente protegidas y actos o amenazas de violencia a la población civil en el marco de conflictos armados.⁵ Por otro lado, a efectos de esbozar un concepto operativo de terrorismo, la ONU lo ha definido como:

[El conjunto de] actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas que son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos.⁶

Teniendo en claro estas referencias preliminares, resulta necesario acudir a la doctrina jurídico-penal a fin de obtener criterios dogmáticamente sólidos que permitan acercarnos con mayor precisión a lo que debe entenderse por “terrorismo”. Así, aunque de este ámbito sea posible extraer una importante cantidad de propuestas para definirlo,⁷ no resulta complicado reconocer una serie de características aceptadas comúnmente y que permiten delinear de forma más concreta el fenómeno materia de análisis. Estas características son esencialmente tres: el intrínseco sustrato armado, el *modus operandi* y

Internacional, anexa a la resolución 49/10, de 9 de diciembre de 1994; resolución 50/53, de 11 de diciembre de 1995; resolución 51/110, de 17 de diciembre de 1996; resolución 52/165, de 15 de diciembre de 1997; resolución 53/108, de 8 de diciembre de 1998; resolución 54/100, de 9 de diciembre de 1999; resolución 55/158, de 12 de diciembre de 2000; resolución 56/88, de 12 de diciembre de 2001; resolución 57/27, de 19 de noviembre de 2002; resolución 58/81, de 9 de diciembre de 2003; resolución 69/46, de 16 de diciembre de 2004.

⁵ CIDH, *Informe*, 2002, § 15.

⁶ Declaración de la Asamblea General de la ONU sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, anexa a la resolución 49/60 de la Asamblea General, del 17 de febrero de 1995, artículo 3. Al respecto, en la jurisprudencia peruana, Sala Penal Nacional, expediente acumulado n.º 560-03, sentencia emitida el 13 de octubre de 2006 (en adelante, *Abimael Guzmán y otros*), p. 72, donde se señaló: “Hemos de dejar claramente establecido, que no se ha juzgado ni se va a dictar sentencia contra una organización política, ni contra una ideología [...], sino que se ha juzgado y se va a emitir pronunciamiento respecto de las concretas conductas atribuidas a los procesados, acusados de dirigir una organización terrorista y decidir, planificar, ejecutar y controlar la realización de numerosos y sistemáticos atentados que constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario [...] Tampoco se trata de un juicio político [...] Mucho menos que los términos acto terrorista o terrorismo tengan que ser tomados como peyorativos. No hay que olvidar que las organizaciones terroristas se definen como tales por razones técnicas relativas a su estructura, repertorio de actividades y a sus objetivos, con independencia de la orientación ideológica que profesen, y en este sentido se ha de advertir que el terrorismo supone un extremismo de los medios, no necesariamente de los fines”.

⁷ Así, José Luis González Cussac y Antonio Fernández Hernández, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, *Teoría y Derecho*, n.º 3, 2008, p. 36.

la creación de un estado generalizado de miedo o coacción.⁸ Con respecto a lo primero, usualmente se pone de relieve que una de las circunstancias que singularizan a las actividades entendidas como terroristas consiste en la utilización habitual de armamento idóneo para la consecución de las finalidades del perpetrador o los perpetradores, concretamente, armas de fuego y explosivos, que resultan ser instrumentos de gran utilidad en el diseño de estrategias y en la concreción de los planes operativos. En segundo lugar, se afirma de manera unánime que el terrorismo implica la realización de delitos graves contra las personas (homicidios, asesinatos, lesiones, secuestros, coacciones), los cuales, además, se llevan a cabo de manera reiterada⁹ e indiscriminada;¹⁰ en buena cuenta, a través de la violencia entendida como el medio al que los grupos terroristas recurren para alcanzar sus objetivos. En tercer lugar, se entiende que el terrorismo es susceptible de crear un estado de inseguridad, miedo colectivo y coacción.¹¹ En ese sentido, sin atentar contra la paz o la seguridad pública, los terroristas no tendrían nada con lo cual obligar a un gobierno a adoptar determinada política o a tomar decisiones en uno u otro sentido.¹² Ahora bien, a tales elementos habría que adicionar el referido a la finalidad política, cuestión que es admitida por la doctrina mayoritaria. Así, se entiende que la finalidad política constituiría la génesis motivacional de los hechos criminales subsumibles dentro del concepto de terrorismo.¹³ Sin embargo, otros autores defienden la idea de que, si bien es posible verificar una *finalidad política* en las actividades terroristas, resultaría más preciso caracterizar a estas como portadoras de un carácter *social* (por lo que prefieren hablar de *finalidad social*).¹⁴ Con todo, al parecer, ambas perspectivas

⁸ Llobet Anglí, o. cit., p. 42.

⁹ Juan Carlos Carbonell Mateu, "Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto y tratamiento penal", en Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 50.

¹⁰ Llobet Anglí, o. cit., p. 42.

¹¹ Lamarca Pérez, o. cit., p. 77.

¹² *Ibidem*.

¹³ La doctrina mayoritaria entiende que el terrorismo posee una finalidad política (esta sería la razón de ser de la realización de los hechos delictivos). Así, por todos, Lamarca Pérez, o. cit., p. 83; Carbonell Mateu, o. cit., p. 50; Manuel Cancio Meliá, "Sentido y límites de los delitos de terrorismo", en Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao, Margarita Valle Mariscal de Gante (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*, t. II, Madrid: Edisofer, 2008, p. 197.

¹⁴ Sin embargo, para otros autores, esta finalidad posee otra naturaleza, específicamente, una de carácter social. En ese sentido, por todos, Francisco Bueno Arús, "Aspectos jurídicos del terrorismo", *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 228-231, 1980, pp. 51 ss.

reconocen, evidentemente, la necesidad de verificar una *finalidad política*,¹⁵ la cual debe ser precisada en su contenido.¹⁶

Pues bien, a partir de las ideas esbozadas, pienso que el terrorismo puede entenderse como un recurso político (en la medida en que contiene una inherente *finalidad política*, originada a partir del cuestionamiento al procedimiento de representación política diseñado por el ordenamiento jurídico y plasmado en la Constitución¹⁷), evidentemente antijurídico, cuya especificidad se encuentra, indudablemente, en componerse por la realización de acciones humanas que producen terror. Estas acciones humanas caracterizadas por su intrínseca violencia son desplegadas generalmente contra bienes jurídicos personalísimos (vida, libertad, propiedad, etc.), ya que a través de su vulneración reiterada e indiscriminada se consigue implantar un estado elevado de terror, zozobra y desconcierto en la sociedad; en buena cuenta, se produce una instrumentalización de las personas o de bienes (públicos o privados) para la obtención de las antes mencionadas finalidades de carácter político. Precisamente, el terrorismo se caracteriza por buscar —a través del mencionado *método* (la violencia reiterada e indiscriminada contra las personas susceptible de crear terror en la sociedad)— cambios políticos (sustitución o variación violenta del régimen constitucional),¹⁸ que el gobierno democrático de turno sucumba ante determinadas peticiones,¹⁹ que el Estado asuma (o deje de asumir)

¹⁵ En efecto, como señala Llobet Anglí (o. cit., p. 46), los autores que defienden la idea de *finalidad política* como equivalente al orden democrático y a la paz social no incluyen en el terrorismo la persecución de fines sociales de modo explícito, aunque estos pueden subsumirse dentro de *lo político*. Por otro lado, los defensores de la idea de la *finalidad social* parten de la necesidad de recortar los alcances del —según ellos— amplio concepto de *finalidad política* (por lo que su concepto de *finalidad social* sería más reducido). En definitiva, según Llobet Anglí, en la práctica parece no haber diferencias significativas entre ambas perspectivas; en ese sentido, según la mencionada autora, “hay indicios para suponer que la mayoría de la doctrina también consideraría terrorista al siguiente grupo: aquel que pusiera bombas en las librerías de un país para impedir la venta de una obra considerada blasfema, independientemente de la etiqueta utilizada para denominar los fines últimos que persigue el terrorismo, bien políticos, bien sociales”.

¹⁶ Sobre la finalidad política en el terrorismo, por todos, Cancio Meliá, o. cit., pp. 55 ss.

¹⁷ Así, por todos, Cassese, *JCL*, 2.ª ed., 2008, p. 165; Cancio Meliá, o. cit., p. 1897.

¹⁸ Así, en la jurisprudencia peruana, la Sentencia de la Corte Suprema en el R.N. n.º 3048-204-Lima, de 21 de diciembre de 2004, dice: “El delito de terrorismo básico —art. 2.º del Decreto Ley n.º 25475— contiene un elemento teleológico, esto es, exige una especificidad del elemento intencional, que se expresa —elemento subjetivo tipificante—, en cuanto a su finalidad última, en la subversión del régimen político ideológico establecido constitucionalmente, y que en estricto sentido es el bien jurídico tutelado, de suerte que la acción proscrita y razón de ser de la configuración típica desde una perspectiva final es la sustitución o variación violenta del régimen constitucional [...]”.

¹⁹ Llobet Anglí, o. cit., p. 38.

determinado curso de acción o una política específica,²⁰ derribar al gobierno de turno²¹ o, simplemente, destruir las estructuras políticas y económicas del Estado.²²

1.2. Tratamiento en la legislación y jurisprudencia peruana y colombiana

En el Perú, el delito de terrorismo se encuentra regulado en el artículo 2.º del decreto ley 25475.²³ La descripción típica en la legislación penal especial peruana es como sigue:

El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realizando actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.

En el Perú, una de las resoluciones judiciales más importantes sobre la materia —la sentencia contra la cúpula del grupo terrorista Partido Comunista Peruano-Sendero Luminoso (PCP-SL), emitida por la Sala Penal Nacional²⁴—, reconoció que el terrorismo —a diferencia del delito de rebelión, que supone un enfrentamiento directo con el Estado— atenta *indirectamente* contra el Estado, en la medida en que las actividades incardinadas dentro de aquel fenómeno se realizan mediante la afectación de bienes jurídicos

²⁰ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press, p. 167.

²¹ En la jurisprudencia peruana, véase Tribunal Constitucional del Perú, expediente 005-2001-AI/TC, sentencia del 15 de noviembre de 2001, fundamento jurídico 2, § 16 y 17.

²² Cassese, o. cit., p. 167.

²³ El delito de terrorismo estaba contemplado en el artículo 319 CP de 1991. Posteriormente (con la entrada en vigencia del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional), esta disposición se derogó para dar paso a la inclusión del delito en una ley penal especial —decreto ley 25475— en la que la figura del terrorismo se tipificó en el artículo 2. Como es sabido, el Tribunal Constitucional del Perú, en una sentencia del 3 de enero de 2003, confirmó la constitucionalidad del artículo 2 del decreto ley 25475 (expediente 010-2002-AI/TC). Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de 25 de noviembre de 2005 (caso *García Asto y Ramírez Rojas*) estableció que el artículo 2 del decreto ley 25475 no infringe lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención (principio de legalidad), y sostiene la misma opinión para el artículo 319 CP de 1991.

²⁴ Sentencia *Abimael Guzmán y otros*, p. 146.

individuales o colectivos, que son instrumentalizados por el agente para provocar, crear o mantener un estado de alarma, zozobra o temor en la población o un sector de ella. Siendo esto así, se reconoció que el terrorismo “produce particularmente una subordinación de los derechos individuales a fines políticos”.²⁵

Por su parte, en Colombia el delito de terrorismo se encuentra tipificado en el artículo 343 del CP colombiano de 2000, el cual a la letra dice:

El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a doscientos setenta (270) meses y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta. Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y la multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el ámbito de la jurisprudencia colombiana, es preciso aludir a la sentencia C-537, de 2008 —emitida por la Corte Constitucional de Colombia—, en la que se hace un recuento del tratamiento jurisprudencial del terrorismo.²⁶ A partir de estas valoraciones, la referida Corte Constitucional concluye:

Las conductas constitutivas de actos de terrorismo configuran un delito atroz, que afecta gravemente bienes constitucionales que conforman los pilares del modelo de Estado adoptado por la Carta Política, en especial la vida, la integridad personal, la dignidad humana y la búsqueda de la paz y un orden justo. Del mismo modo, tales conductas contradicen varias disposiciones

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ La sentencia C-537 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia, con motivo de la revisión de la ley 1108, de 27 de diciembre de 2006, realizó un detallado recuento de sus principales pronunciamientos en lo referente al delito de terrorismo y la exclusión de beneficios penales en la materia. Así, se hizo referencia a las sentencias C-127/93 (en la que declaró la constitucionalidad del decreto 2266/91), C-769/02 (en la que declaró la constitucionalidad del artículo 13 de la ley 733/02), C-762/02 (en la que se pronuncia sobre la constitucionalidad del artículo 11 de la ley 733/03), C-1055/03 (que declaró la constitucionalidad del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas y de su ley aprobatoria) y C-037/04 (en la que se declaró la constitucionalidad del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y de su ley aprobatoria).

del DIDH y del DIH, entre ellas aquellas que conforman el cuerpo normativo de carácter imperativo agrupado bajo el *ius cogens*. En consecuencia, las decisiones que adopte el legislador dirigidas a implementar medidas para la prevención, represión y sanción del terrorismo son *prima facie* armónicas con el Estatuto Superior.²⁷

Asimismo, afirma:

La gravedad de la afectación sistemática que el terrorismo contrae respecto de distintos derechos y garantías constitucionales, aunado a la existencia de un consenso internacional sobre la necesidad de su represión y sanción, implican la validez de un tratamiento penal diferenciado respecto del mismo. Así, se ajustan a la Carta Política aquellas previsiones que impiden que el terrorismo sea comprendido como delito político y, por ende, susceptible de que los responsables del mismo sean cobijados por amnistías o indultos.²⁸

1.3. Bien jurídico

Generalmente se reconoce que el interés susceptible de protección por el derecho penal consiste en la tranquilidad pública, esto es, “el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana (o el normal ejercicio de los derechos y libertades públicas)”.²⁹ Siendo esto así, la tranquilidad pública no debería ser interpretada únicamente como un sentimiento colectivo (que parece remitir a impresiones, representaciones o percepciones de inseguridad que obedecen a criterios subjetivos), sino principalmente como un conjunto de circunstancias objetivas de normalidad para la convivencia ciudadana y el ejercicio libre e igualitario de los derechos fundamentales. Así, la tranquilidad pública sería entendida desde una perspectiva funcional, en la medida en que resulta instrumental a la libertad de la persona, a su dignidad

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-537, de 28 de mayo de 2008.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Sentencia *Abimael Guzmán y otros*, p. 146. En la nota 131 de la referida sentencia, p. 147, la Sala Penal Nacional declaró: “La tranquilidad pública, paz pública u orden público, son bienes y valores que deben ser tutelados por la norma penal y que no sólo tienen su reconocimiento constitucional en cuanto a su necesidad de protección, sino que también la Convención Americana de Derechos Humanos le ha dado tal relevancia, al punto que se ha convertido en un elemento sustancial para limitar el ejercicio de los derechos reconocidos en dicho tratado. Así, la libertad de pensamiento y expresión encuentra sus límites en la protección del orden público (art. 13.2, b); el derecho de reunión tiene sus límites en la seguridad y orden públicos (art. 15); el ejercicio del derecho a la libre asociación sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, entre otros supuestos”.

y al libre desarrollo de la personalidad. Esta perspectiva permite entender que la vida, la integridad física, la libertad y el patrimonio constituyen (en el fenómeno del terrorismo) bienes jurídicos inmediatos cuya afectación resulta instrumental para otro ataque más trascendente, esto es, para la afectación de otro bien jurídico, mediato y específico —la tranquilidad pública—; afectación que, además, permite entender como consumado al delito.³⁰

1.4. Configuración típica en Perú y Colombia

Ahora bien, en cuanto a la configuración típica del delito de terrorismo en los ordenamientos jurídico-penales peruano y colombiano es posible extraer determinadas características comunes que permiten entender los alcances del escenario delictivo que se pretende analizar. Así, en ambas legislaciones se reconoce que el delito de terrorismo se caracteriza esencialmente por la generación de un determinado estado (de “zozobra, alarma o temor”, en Perú; “zozobra o terror” en Colombia) en la colectividad a partir de la intimidación coercitiva que caracteriza a los actos propios del terrorismo. Aquel estado constituye un contexto caracterizado por la inseguridad o incertidumbre en los miembros de la sociedad, quienes ven limitado objetivamente el ejercicio de sus derechos individuales (el acto terrorista supera los derechos de la víctima concreta para generar en los restantes ciudadanos la conciencia sobre su condición de hipotética víctima latente). Por otro lado, en ambas legislaciones se entiende que el mencionado estado es generado a través de la realización de determinados actos dirigidos contra bienes jurídicos individuales o colectivos, encarnados en las propias personas (“vida, cuerpo, salud, libertad, seguridad personal, patrimonio” en Perú; “vida, integridad física, libertad” en Colombia) o en bienes (“edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio” en Perú; “edificaciones, medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices” en Colombia) públicos o privados. Asimismo, es común en ambas regulaciones la alusión a unos determinados instrumentos que *ex ante* aparecen como intrínsecamente lesivos e idóneos para generar los efectos antes mencionados (“armamentos, materias o artefactos

³⁰ Sentencia *Abimael Guzmán y otros*, p. 146.

explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos” en Perú; “medios capaces de causar estragos” en Colombia).

1.4.1. *Parte objetiva*

En cuanto a la estructura típica, el delito de terrorismo hace referencia a una serie de actos (comportamientos típicos) cuya característica consiste en poseer la cualidad suficiente para desencadenar un determinado estado objetivo de cosas. Así, en la legislación peruana, los comportamientos típicos son “provocar, crear o mantener un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella”, que constituyen exigencias objetivas que deben concurrir al momento de enjuiciar los alcances de la tipicidad del hecho.³¹ Lo mismo es posible señalarse sobre la regulación colombiana, pues los comportamientos típicos de necesaria verificación son, también, “provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella”. En definitiva, el contenido material de los comportamientos típicos que se puede extraer de la comprensión de ambos preceptos radica esencialmente en la generación o el mantenimiento de una situación, entendida objetivamente como de coerción para la libertad de las personas. Este es, precisamente, el factor que caracteriza al fenómeno terrorista y que permite entender su afectación al bien jurídico colectivo *tranquilidad pública*.³²

Por otro lado, el delito de terrorismo exige la realización de una serie de actos contra las propias personas o contra bienes públicos o privados. Precisamente, si lo prohibido por los preceptos materia de análisis consiste en generar un determinado estado coercitivo de derechos y libertades públicas, aquel estado debe entenderse como resultado de la forma sistemática en que se llevan a cabo las actividades terroristas. En ese sentido, tales actos son, como puede preverse, los medios para la realización de los comportamientos típicos antes mencionados. Los actos *mediales* que contempla la regulación del delito de terrorismo en Perú y Colombia remiten a actividades que suponen la vulneración de bienes jurídicos individuales o colectivos que respecto del tipo penal de terrorismo

³¹ Es importante reconocer esto pues la legislación antiterrorista previa en el Perú (decreto legislativo 46) señalaba que los actos debían ser realizados con el “propósito de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella”; esto es —a diferencia de la tipificación actual—, se trataban de elementos de naturaleza subjetiva.

³² Esta es la opinión —a mi juicio, certera— de la Sala Penal Nacional en el procesamiento a la cúpula terrorista del PCP-SL. Al respecto, véase sentencia *Abimael Guzmán y otros*, p. 145.

funcionan como bienes inmediatos que son instrumentalizados por el agente del delito para la concreción de su finalidad terrorista.

En el caso de la regulación peruana, el legislador ha recurrido a las denominadas *cláusulas de interpretación o de extensión analógica*, que son aquellas que dejan abierta la posibilidad de que el juez complete el tipo aplicando un razonamiento analógico.³³ Siendo esto así, las mencionadas cláusulas “de cualquier índole” y “cualquier otro bien y servicio”, al estar precedidas de la referencia a diferentes bienes que son susceptibles de protección jurídico-penal, deben permitir una interpretación acorde a los alcances de tales bienes. Por ello, la interpretación de la cláusula “contra la seguridad de [...] vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole” debe limitar su alcance a las conductas constitutivas de delito contra la seguridad pública que afecten a vías o medios de transporte o comunicación, así como la cláusula “contra la seguridad de [...] cualquier otro bien o servicio” debe interpretarse en el sentido de que se refiere solamente a bienes o servicios que posean una tutela penal específica prevista en otras figuras (delitos contra la seguridad pública) del CP.³⁴

En cuanto a los instrumentos *ex ante* intrínsecamente lesivos e idóneos que deben concurrir en la realización típica del delito, se hace referencia (específicamente, en la regulación peruana) a una serie de elementos que se caracterizan por su naturaleza nociva (armas de fuego de cualquier clase, bombas de mano, granadas, explosivos u otros instrumentos semejantes), capaces de generar daños materiales de enormes dimensiones (a través de un uso repetido o de un uso especialmente intenso en una sola ocasión). En todo caso, la genérica referencia a que la maquinaria empleada en las actividades terroristas posea la “capacidad para causar estragos” (en las regulaciones de los dos mencionados países) no solo denota la necesidad de verificar que los instrumentos utilizados posean la suficiente potencialidad como para generar destrucción o daños de gran trascendencia,

³³ Así, Mateo Castañeda Segovia, *El delito de terrorismo y garantías procesales en la lucha antiterrorista. Análisis de su evolución jurisprudencial*, Lima: Grijley, 2009, p. 20. Al respecto, cabe mencionar que, aunque en el ordenamiento jurídico del Perú la analogía como integración normativa está proscrita en el derecho penal por mandato de la Constitución (Art. 139º:9 de la Constitución), sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación. En efecto, las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de legalidad en su carácter como *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos.

³⁴ Castañeda Segovia, o. cit., p. 21.

sino que aquellos instrumentos sean los que comúnmente se emplean en contextos de conflictos armados.³⁵

1.4.2. *Parte subjetiva*

En su parte subjetiva, el delito de terrorismo se presenta como un delito doloso, esto es —en términos de la doctrina mayoritaria— que para entender como configurado al delito, se precisa en el agente la verificación del conocimiento y la voluntad de la realización de los elementos objetivos contemplados en el respectivo tipo penal.³⁶ Así, en la sentencia a la cúpula terrorista del PCP-SL, se señaló:

Hacer repercutir una acción armada sobre toda una ciudad, aniquilar en barriadas o hacer aniquilamientos de limpieza, generar conmoción en las ciudades, estremecer a toda una población con una acción violenta indiscriminada o aplicar escarmientos a turistas, son claros casos del deliberado propósito de causar un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella.³⁷

Finalmente, no considero que de la regulación peruana o colombiana se desprenda la necesidad de verificar un elemento subjetivo específico concurrente en el tipo penal —concretamente, la finalidad de, por ejemplo, generar un determinado estado de zozobra, alarma o terror en la población—.³⁸ Asimismo, aunque la *finalidad política* sea un elemento emanado de la observación empírica que permite entender la fenomenología del delito, esta no constituye, ni en Perú ni en Colombia, un elemento subjetivo exigido por los respectivos tipos penales.

³⁵ La Real Academia Española define el término *estrageo* de la siguiente manera: “1. Daño hecho en guerra, como una matanza de gente, o la destrucción de la campaña, del país o del ejército; 2. Ruina, daño, asolamiento” (<http://lema.rae.es/drae/?val=estrageo>).

³⁶ Véase Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, Múnich: Beck, 2006, pp. 436 ss.

³⁷ Sentencia *Abimael Guzmán y otros*, p. 154.

³⁸ De otra opinión, Castañeda Segovia, o. cit., p. 28, quien reconoce en el tipo penal respectivo un elemento de tendencia interna trascendente. En todo caso, en la sentencia condenatoria a los integrantes de la cúpula terrorista del PCP-SL, al analizar el tipo penal de terrorismo no se hizo ninguna referencia a algún elemento subjetivo (aparte del dolo) que deba concurrir para entender como configurado al delito.

2. Crímenes contra la humanidad

2.1. Definición

En la actualidad, la definición más exacta de lo que debe entenderse por *crimen contra la humanidad* se sitúa en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), donde el artículo 7.1 lo reconoce conceptualmente como la realización de determinado acto lesivo como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, teniendo el autor del referido acto el conocimiento de dicho ataque. De manera complementaria a la definición del crimen, el mencionado instrumento señala, en el artículo 7.2.a, que por *ataque contra una población civil* deberá entenderse “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el 7(1) contra una población civil, de conformidad a la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.³⁹

Por lo menos a partir de la evidencia histórica, es posible afirmar que el Estado ha tenido siempre un papel fundamental en la organización y realización de hechos entendidos como crímenes contra la humanidad.⁴⁰ Esta tradicional vinculación parece dejar de lado, por lo menos de manera superficial, a las entidades no estatales como autores de crímenes contra la humanidad. Sin embargo, aunque se utilicen de manera intercambiable los términos *Estado* y *organización no estatal* para incluir dentro del concepto de crímenes contra la humanidad la posibilidad de que estos sean llevados a cabo por entidades ajenas al aparato estatal, es posible reconocer que existe una clara diferencia entre la obligación del Estado —emanada del derecho internacional— de garantizar

³⁹ Los actos individuales o “hechos acompañantes” reconocidos en el artículo 7.1 ECPI, son: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otro privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad (por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos reconocidos como inaceptables por el derecho internacional), desaparición forzada de personas, *apartheid* y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten de manera grave contra la integridad física o la salud mental o física.

⁴⁰ Kai Ambos, “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 17, 2012, p. 3.

el imperio de la ley y proteger a sus ciudadanos y un deber similar (emergente) de una entidad no estatal en el territorio bajo su control.⁴¹

Con todo, ya ha sido reconocido que entidades no estatales puedan desencadenar sucesos entendidos como crímenes contra la humanidad,⁴² aunque para ello, como es claro, se impone la verificación de algunas circunstancias de necesario cumplimiento, como: 1) que la organización tenga una estructura jerárquica; 2) que la organización cuente con los medios para llevar a cabo un ataque sistemático o generalizado contra la población civil; 3) que el grupo ejerza el control en alguna parte del territorio de un Estado; 4) que el grupo tenga como objetivo principal la realización de actividades criminales contra población civil; 5) que la organización exprese, de manera explícita o implícita, la intención de atacar a la población civil, y 6) que la organización sea parte de un grupo aún más grande.⁴³ En ese sentido, si bien en la actualidad puede admitirse que organizaciones no estatales pueden cometer crímenes contra la humanidad,⁴⁴ no deja de ser cierto que, en aras de una aplicación restrictiva del ECPI (la cual es necesaria, dado el carácter relevante y extremadamente grave para la paz mundial que tienen los hechos tipificados en el ECPI), deben establecerse lineamientos precisos que permitan llevar a la conclusión de que una organización no estatal tiene la estructura, los miembros, la duración y los medios para llevar a cabo los hechos, de tal manera que, en esencia, tal organización pueda entenderse como *equivalente* a una estructura estatal u organización apoyada en el poder público.⁴⁵

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Ambos, *Treatise*, o. cit., t. 2, pp. 47-48.

⁴³ Véase Cámara de Cuestiones Preliminares de la CPI (CC-01/09), Decisión de conformidad con el artículo 15 del ECPI para la autorización de la investigación sobre la situación en la República de Kenia, 31 de marzo de 2010, § 93.

⁴⁴ Así, por todos, Kai Ambos, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción al español de Ezequiel Malarino), 2.^a ed., Montevideo y Bogotá: Fundación Konrad Adenauer y Temis, 2006, p. 46; Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, 2.^a ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 461.

⁴⁵ Ambos, "Crímenes...", o. cit., p. 3.; *idem*, *Treatise...*, o. cit., t. 2, pp. 72-75. En todo caso, Ambos propone desarrollar un concepto de crímenes contra la humanidad en el que no se concentre la atención en la entidad que está detrás de tales crímenes, alternativa que, según el mencionado autor, no niega la connotación eminentemente política de los crímenes contra la humanidad.

2.2. Estructura

El artículo 7 ECPI se compone de un elemento contextual y una serie de actos acompañantes que deben ser cometidos en aquel marco. El elemento contextual impone un requisito de necesaria verificación y, por ello, debe entenderse como condición para la comprensión del hecho acompañante como un crimen contra la humanidad.⁴⁶ Así, de la descripción del crimen contemplada en el artículo 7.1 ECPI (actos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque), es posible reconocer la existencia de algunos requisitos esenciales: 1) la prueba disyuntiva o test sistemático; 2) el elemento *población civil* como objeto del ataque; 3) el requisito mental especial; 4) la existencia de hechos individuales o actos acompañantes cometidos en el contexto del ataque, y 5) la no necesidad de nexos con un conflicto armado y con una intención discriminatoria especial.⁴⁷

Con respecto al elemento de contexto, este alude al “ataque sistemático o generalizado contra una población civil”. El elemento contextual resulta fundamental pues se erige como el criterio que permite establecer cuándo un determinado hecho es un crimen contra la humanidad y no un delito común.⁴⁸ Ahora bien, en la medida en que el artículo 7.2.a ECPI entiende que el ataque contra una población civil supone “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”, es posible afirmar que, aunque este (el elemento contextual) ha ido cambiando a lo largo del tiempo, generalmente ha exigido la vinculación de los hechos con una autoridad o poder, ya sea un Estado, una organización o un grupo.⁴⁹ Esto logra verificarse cuando en el artículo 7.2.a ECPI se exige que el ataque sea “de conformidad con la política de un Estado o de una organización para cometer esos actos o para promover esa política”.⁵⁰ Siendo esto

⁴⁶ Véase, por todos, Rodney Dixon y Christopher K. Hall, “Article 7”, en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, 2.ª ed., Múnich: Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 176 y ss.; Werle, o. cit., p. 469.

⁴⁷ Estos elementos fueron reconocidos por Ambos, “Crímenes...”, o. cit., p. 5.

⁴⁸ Véase Dixon y Hall, o. cit., p. 177.

⁴⁹ Ambos, “Crímenes...”, o. cit., p. 5.

⁵⁰ La CPI, en *Prosecutor v. Katanga & Ngudjolo* (ICC-01/04-01/07), Confirmación de cargos, 30 de septiembre de 2008, § 396, señaló que el requisito: “[...] ensures that the attack, even if carried out over a large geographical area or

así, la referencia a “la política de una organización” permite entender que los crímenes contra la humanidad, como se dijo, también pueden ser cometidos por entidades no estatales, las cuales, como también se dijo, deben contar con una capacidad similar a la del Estado en los factores de organización y fuerza.⁵¹ El elemento contextual, entonces, debe entenderse como el necesario elemento a verificar para comprender la dimensión internacional de los hechos acompañantes; esto es, aquel elemento es el que dota a la concurrente conducta delictiva de su especial repercusión y trascendencia para el orden internacional.

3. Violaciones al derecho internacional humanitario (DIH)

3.1. Nociones preliminares sobre el DIH

El DIH contempla un conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica consiste en restringir o limitar la utilización de determinados métodos o medios de combate en el marco de conflictos armados.⁵² Como puede desprenderse de la definición expuesta, el DIH es aplicado en el contexto de conflictos armados (internacionales o no internacionales), con el propósito de humanizarlos y limitar sus efectos a lo estrictamente necesario. De esto se deriva que el DIH busca limitar la elección arbitraria de los métodos y los medios de hacer la guerra, así como busca proteger a las personas y los bienes que pueden resultar afectados por las actividades inherentes al conflicto.

directed against a large number of victims, must still be thoroughly organised and follow a regular pattern. It must also be conducted in furtherance of a common policy involving public or private resources. Such a policy may be made either by groups of persons who govern a specific territory or by any organisation with the capability to commit a widespread or systematic attack against a civilian population. The policy need not be explicitly defined by the organizational group. Indeed, an attack which is planned, directed or organised – as opposed to spontaneous or isolated acts of violence – will satisfy this criterion”.

⁵¹ Ambos, “Crímenes...”, o. cit., p. 5.

⁵² Elizabeth Salmón Gárate, “El reconocimiento del conflicto armado en el Perú. La inserción del derecho internacional humanitario en el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional”, *Revista Derecho PUCP*, n.º 57, 2005, p. 80; Manuel Pérez González, “El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *Derecho internacional humanitario*, 2.ª ed., Valencia: Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2007, p. 31; Olásolo Alonso y Pérez Cepeda, o. cit., p. 78.

El DIH está contenido esencialmente en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949,⁵³ los cuales se complementaron con los protocolos adicionales de 1977,⁵⁴ relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados.⁵⁵ Estos instrumentos internacionales, conocidos con la denominación de *derecho de Ginebra*, se complementan con el *derecho de La Haya*, que contiene a los Convenios de La Haya de 1899 y 1907.⁵⁶ Es de precisar que, mientras el derecho de Ginebra se orienta a la protección de las personas que se encuentran en poder del adversario, el derecho de La Haya regula la conducción de las hostilidades.

Ahora bien, si se limita la atención a los Convenios de Ginebra de 1949 es posible afirmar que estos desarrollan —o, en algunos casos, únicamente expresan⁵⁷— una serie de principios de vocación constructiva que no solo son capaces de llenar posibles vacíos o lagunas de las que puede adolecer la regulación convencional, sino que deben entenderse como lineamientos de necesario cumplimiento por los Estados (que no se afecta por la denuncia o retirada de cualquiera de los Convenios de Ginebra⁵⁸), por lo que pueden ser comprendidos como *principios generales de base* del DIH, que, a decir del Tribunal Internacional de Justicia, se encuentran sintetizados en el artículo 3 común

⁵³ Los convenios (todos de 1949) son: Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; Convenio de Ginebra relativo al Trato de los Prisioneros de Guerra; Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra.

⁵⁴ Los protocolos adicionales (ambos de 1977) son: Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales; Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional.

⁵⁵ Existen otros tratados que prohíben la utilización de determinadas armas y la realización de ciertas tácticas militares, o que protegen a ciertas categorías de individuos o de bienes, por ejemplo: la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (y sus dos protocolos); la Convención de 1972 sobre Armas Bacteriológicas; la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales (y sus cinco protocolos); la Convención de 1993 sobre Armas Químicas; el Tratado de Ottawa de 1997 sobre Minas Antipersonales; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de niños en los Conflictos Armados.

⁵⁶ Ambos, *Treatise...*, o. cit., t. 1, pp. 11-16.

⁵⁷ Tribunal Internacional de Justicia, *Nicaragua v. Estados Unidos de América* (caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua), 27 de junio de 1986, § 218.

⁵⁸ Así se ha reconocido en el artículo 63 del I Convenio, el artículo 62 del II Convenio, el artículo 142 del III Convenio y el artículo 158 del IV Convenio.

de los Convenios de Ginebra de 1949,⁵⁹ cuyo contenido se proyecta a los escenarios de conflictos armados no internacionales.⁶⁰

En ese sentido, dado que aquí convocan la atención las actividades que se lleven a cabo en el contexto de un conflicto armado no internacional, debe quedar claro que en este escenario no solo se aplicará lo dispuesto en el referido artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, sino que también, de ser el caso, regirá el Protocolo Adicional II, de 1977.

3.2. DIH y DPI

Las infracciones más graves a las reglas del DIH derivadas de conductas desplegadas en el marco de un conflicto armado internacional o de un conflicto armado no internacional son denominadas *crímenes de guerra*.⁶¹ En ese sentido, cabe aclarar que, aunque no toda infracción de una regla de DIH constituye un crimen de guerra, todo crimen de

⁵⁹ El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 reza de la siguiente manera:

"En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

"1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

"A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

"a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

"b) la toma de rehenes;

"c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

"d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

"2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

"Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

"Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

"La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto".

⁶⁰ Tribunal Internacional de Justicia, *Nicaragua v. Estados Unidos de América*, § 218.

⁶¹ Ambos, *La parte general...*, o. cit., p. 98; Cassese, o. cit., p. 81.

guerra sí constituye necesariamente una infracción a una regla de DIH,⁶² infracción cuya punibilidad surge directamente del DIH.⁶³

En lo que respecta al derecho de Ginebra, es preciso señalar que existen disposiciones de relevancia penal contempladas en los Convenios de 1949⁶⁴ y en el Protocolo Adicional I,⁶⁵ esto es, en las convenciones aplicables en el marco de conflictos armados internacionales. Sin embargo, ni en el Protocolo Adicional II, ni en el artículo 3 común a los Convenios, que son aplicables a conflictos armados no internacionales, se hallan disposiciones de tal naturaleza (esto es, prohíben pero no criminalizan las infracciones).⁶⁶ Así, sería posible afirmar que, partiendo de la distinción tradicional entre conflicto armado internacional y conflicto armado no internacional, habría que reconocer que las disposiciones de relevancia penal se encuentran contempladas únicamente en el primer caso. Sin embargo, al respecto cabe expresar que, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY),⁶⁷ es posible admitir que, al ser aplicable el DIH en cualquier tipo de conflicto (internacional o no internacional), su infracción también debe ser posible en cualquiera de estos escenarios. Esta perspectiva —propia de la *tesis de la asimilación*— propone que el único criterio a tomar en cuenta consiste en que los hechos entendidos como lesivos se tratan de graves violaciones al derecho de la guerra reconocidas por la costumbre internacional y que, por lo tanto, hacen posible argumentar a favor de la existencia de una responsabilidad penal individual.⁶⁸ En todo caso, con la entrada en vigor del ECPI, se reconoce la existencia de crímenes de guerra, esto es, la criminalización de las infracciones más graves al DIH no solo en el

⁶² Al respecto, TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, “Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction”, de 2 de octubre de 1995, § 94.

⁶³ Ambos, *La parte general...*, o. cit., p. 99; Werle, o. cit., p. 547.

⁶⁴ Las graves infracciones están reconocidas en el artículo 50 del I Convenio de Ginebra, el artículo 51 del II Convenio de Ginebra, el artículo 130 del III Convenio de Ginebra y el artículo 147 del IV Convenio de Ginebra.

⁶⁵ El artículo 85.5 del Protocolo Adicional I, de 1977, establece que las infracciones graves de las disposiciones de los convenios o del Protocolo serán considerados crímenes de guerra.

⁶⁶ Michael Bothe, “War Crimes in Non-International Armed Conflicts”, en Yoram Dinstein y Mala Tabory, *War Crimes in International Law*, La Haya: Martinus Nijhoff, 1996, p. 294.

⁶⁷ El reconocimiento de las graves violaciones a las normas humanitarias que regulan los conflictos armados no internacionales fue establecido por primera vez en una decisión emitida por la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadić* (al respecto, TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, “Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction”, de 2 de octubre de 1995, § 94).

⁶⁸ Ambos, *La parte general...*, o. cit., p. 98.

marco de conflictos armados internacionales, sino también en conflictos armados no internacionales.⁶⁹

Ahora bien, para entender un determinado hecho (un homicidio, un acto de tortura, etc.) como un crimen de guerra, tal acto debe ser realizado en el marco de determinado contexto: el conflicto armado. El conflicto armado se erige como el elemento contextual de necesaria verificación para entender que un hecho acompañante o acto individual debe ser entendido finalmente como un crimen de guerra. Esto es precisamente lo que en la doctrina se considera el nexo entre la conducta y el conflicto armado, por el cual se entiende que, si bien aquella debe ser realizada en el contexto que implica el conflicto armado (internacional o no internacional), se deben verificar otros elementos adicionales (conexión geográfica, personal, etc.).⁷⁰

3.3. Recepción del DIH en el ordenamiento jurídico del Perú

En el caso del Perú, el Estado ratificó los Convenios de Ginebra de 1949 (mediante resolución legislativa 12412, de 31 de octubre de 1955, que surtió efectos jurídicos a partir del 15 de agosto de 1956), por lo que es posible afirmar que, a partir de ese momento, el Perú asumió un conjunto de obligaciones aplicables a todos los conflictos armados, sean internacionales o no internacionales. Posteriormente, el Estado peruano decidió ampliar tales obligaciones al ratificar (mediante resolución legislativa 25029, de 23 de mayo de 1989) los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra, los cuales entraron en vigor el 14 de enero de 1990.⁷¹ Dada la implementación de las normas humanitarias en el ordenamiento interno, su cumplimiento resulta plenamente exigible, y esto supone afirmar que, en el marco de conflictos armados (internacionales y no internacionales), las políticas del Estado peruano deberán ser conforme a ellas, por

⁶⁹ Michael Cottier, "Article 8", en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2.ª ed., Múnich: Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 283. En ese sentido, una conducta puede ser entendida como crimen de Guerra solamente cuando constituye una violación al DIH y cuando tal violación ha sido criminalizada en el derecho internacional (convencional o consuetudinario).

⁷⁰ Al respecto, en la jurisprudencia del TPIY, *Prosecutor v. Blaskić* (IT-95-14-T), sentencia de la Cámara de Juicio, 3 de marzo de 2000, § 69, donde dice: "In addition to the existence of an armed conflict, it is imperative to find an evident nexus between the alleged crimes and the armed conflict as a whole. This does not mean that the crimes must all be committed in the precise geographical region where an armed conflict is taking place at a given moment. To show that a link exists, it is sufficient that: the alleged crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict".

⁷¹ Salmón Gárate, o. cit., p. 82.

haberlo decidido así aquel de manera soberana. En ese sentido, en el caso de que, por ejemplo, un grupo insurgente se enfrente a las fuerzas armadas del Estado, los mecanismos a los que recurran estas últimas deben constituir *medios legítimos*; asimismo, el Estado no podrá argumentar la razón de la seguridad del Estado para justificar el incumplimiento de las normas humanitarias.⁷²

La admisión en el ordenamiento jurídico nacional de las normas humanitarias no quiere decir que el Estado deba renunciar a ejercer su legítima función de restablecer el orden interno frente a una situación de violencia. Esto es así pues el DIH posee una función exclusivamente humanitaria que no pretende menoscabar ni derogar las funciones propias derivadas de la soberanía del Estado. En ese sentido, debe quedar claro que quienes se enfrenten a las fuerzas gubernamentales no se encuentran exentos de ser considerados penalmente responsables por tal hecho de conformidad con el ordenamiento jurídico-penal interno.⁷³ Por lo demás, tanto las fuerzas estatales como los grupos que decidan enfrentarse al Estado deberán regirse de manera innegociable por las disposiciones del DIH, de tal manera que sus actividades no superen el umbral mínimo de respeto impuesto por las normas humanitarias.

En ese sentido, el propio artículo 3 común a los Convenios de Ginebra establece en su último párrafo que su aplicación no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto. Entender de esta manera el artículo 3 común resulta esencial, pues la aplicación de tal dispositivo no constituye en sí misma ningún reconocimiento de poder alguno a la parte adversa, no limita las prerrogativas del Estado en cuanto a la represión de una rebelión por todos los medios (inclusive utilizando las armas) y no afecta en nada sus posibilidades de perseguir, juzgar y sancionar a sus adversarios por los crímenes que se les imputen.⁷⁴

⁷² Con respecto al cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos por el Estado peruano, véase Tribunal Constitucional del Perú, expediente 2798-04-HC/TC, sentencia emitida el 9 de diciembre de 2004, fundamentos jurídicos 5, 10 y 1417.

⁷³ La criminalización de infracciones graves al DIH en el ordenamiento jurídico peruano no es reciente. El Código de Justicia Militar de 1898 contenía un capítulo denominado "Violación al Derecho de gentes". Los códigos de justicia militar posteriores (ley 8991, de 1939; decreto ley 11380, de 1950; decreto ley 14613, de 1963; decreto ley 23214, de 1980) incluyeron igualmente un capítulo con la misma denominación y con una regulación similar, aunque con algunos agregados. En 2006 se aprobó, a través del decreto legislativo 961, un nuevo Código de Justicia Militar Policial, en cuya parte especial (específicamente, el título II), se contemplan una serie de delitos contra el DIH. Esta regulación fue posteriormente declarada inconstitucional por el TC (STC n.º 012-2006-PJ/TC).

⁷⁴ Salmón Gárate, o. cit., p. 82.

De la misma manera, el inciso 1 del artículo 3 del Protocolo Adicional II establece que ninguna disposición del referido protocolo podrá invocarse para vulnerar la soberanía del Estado. Si a ello se agrega el hecho de que en el derecho de los conflictos armados (o en el de los derechos humanos) el que algo no esté prohibido no significa que esté permitido, resulta necesario trazar una línea entre el control de la actividad criminal y terrorista, y la función de plasmar límites a la violencia, propia del DIH.⁷⁵

Es indudable que la violencia contra las personas y la destrucción de la propiedad son actividades inherentes a los conflictos armados no internacionales. Sin embargo, como antes se dijo, el DIH actúa como barrera de contención para evitar determinadas formas de actuación por las partes en el marco del conflicto armado no internacional. Asimismo, el DIH no busca menoscabar la competencia del Estado en lo referido a la emisión de determinadas políticas orientadas al mantenimiento del orden interior.

3.4. El conflicto armado interno en el Perú entre 1980 y 2000

La CVR reconoció que la situación de violencia que se desarrolló en Perú durante los años de 1980 a 2000 constituye un conflicto armado interno, en el que no solo debe aplicarse —según reconoció la propia CVR— el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949,⁷⁶ sino también —en lo que resulte compatible y pertinente— el Protocolo Adicional II de 1977.⁷⁷ Pues bien, es generalmente conocido que tanto el artículo 3 común como el Protocolo Adicional II son aplicables a los casos de conflicto armado no internacional, aunque cabe aclarar que la aplicación de este último depende de la

⁷⁵ *Ibidem*, p. 83.

⁷⁶ CVR, *Informe final*, t. I, 2003, p. 204. Aquí se señala: “[...] la Comisión de la Verdad y Reconciliación considera imprescindible, para la calificación de ciertos actos como crímenes y violaciones a los derechos humanos, la aplicación concurrente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. En efecto, los hechos examinados —decenas de miles de personas muertas en un contexto de violencia armada y varios otros miles de heridos o mutilados— no pueden explicarse sino por la existencia de un conflicto armado interno regido sin duda alguna por el artículo 3 común precitado”.

⁷⁷ CVR, *Informe final*, t. I, 2003, p. 205. Aquí se señala: “El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra —en vigor para el Perú desde el 14 de enero de 1990—, establece para su aplicación determinados requisitos (*inter alia*, un cierto tipo de control territorial por los insurgentes). La CVR en consecuencia, no siendo un órgano que debe resolver una tal cuestión, ha considerado que el art. 3 común a los Convenios de Ginebra constituye el marco normativo adecuado para la determinación del núcleo inderogable de derechos vigentes durante un conflicto armado interno. Ello no será en modo alguno obstáculo para aplicar las disposiciones del Protocolo II, en lo que resulta compatible y pertinente”.

intensidad del conflicto en cuestión.⁷⁸ En efecto, en aquellos conflictos —denominados *conflictos de alta densidad*, esto es, guerras civiles de corte clásico— en los que se verifique por parte del grupo armado organizado un control territorial o la capacidad de llevar a cabo operaciones militares concertadas o sostenidas en el tiempo, se aplicarán los dos instrumentos internacionales antes mencionados.⁷⁹ Pues bien, fuera de las consideraciones que puedan surgir sobre los reales alcances del conflicto armado interno sucedido en el Perú, y si aquellos habilitan la aplicación del Protocolo Adicional II,⁸⁰ es indudable que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra resulta de inmediata e incondicional aplicación, al ser la esfera mínima irreductible en la que se expresan los principios humanitarios (en cualquier tipo de conflicto). Por ello, al verificarse en el caso peruano los presupuestos generales para su aplicación, no debería haber dudas en cuanto a la vigencia del artículo 3 común en la época de la violencia en el Perú. Por ello se debe reconocer la vigencia del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra en el contexto del denominado *conflicto armado interno* llevado a cabo en el territorio del Estado peruano.

Pues bien, a partir de lo expuesto, es necesario afirmar que las obligaciones que impone el DIH —y, específicamente, el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra—, a partir de su vocación de generalidad, están dirigidas a todas las partes en el conflicto, esto es, no solo al Estado, sino también al grupo levantado en armas. Esto resulta

⁷⁸ Protocolo Adicional II, de 1977, artículo 1 (ámbito de aplicación material):

"1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

"2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados".

⁷⁹ Pérez González, "El derecho...", o. cit., p. 31.

⁸⁰ Sentencia *Abimael Guzmán y otros*, p. 136, donde dice: "Partiendo de las conclusiones de la CVR, no sería de aplicación al tipo de conflicto armado desarrollado en el país el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, dado que no concurren todos sus presupuestos; entre ellos, la existencia de un mando responsable en Sendero Luminoso capaz de hacer cumplir el Derecho Internacional Humanitario, antes bien los integrantes de su cúpula asumieron la estrategia de no conducirse conforme al mismo y violar sistemáticamente el artículo 3 común. Si es que es posible la aplicación eventual de algunas disposiciones de dicho protocolo que han alcanzado el carácter de normas consuetudinarias o reflejan principios de alcance universal, que deben aplicarse a cualquier situación de conflicto armado, más allá de su caracterización jurídica".

necesario no solo porque las víctimas también requieren ser protegidas de las actividades de los grupos armados organizados, sino también porque, de no respetarse este principio de igualdad entre los beligerantes, el DIH tendría menos posibilidades de ser respetado por las fuerzas del Estado (porque no se verían protegidas por las normas humanitarias) o por las fuerzas rebeldes (porque podrían no sentirse obligadas por esas normas).⁸¹

4. Planteamientos finales

4.1. Relación entre el terrorismo y los crímenes contra la humanidad

La CVR reconoció que las actividades criminales desarrolladas por el PCP-SL y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) podían ser entendidas como violaciones a derechos humanos.⁸² En ese sentido, aunque es cierto que los grupos terroristas no pueden infringir las disposiciones emanadas de instrumentos internacionales que resultan vinculantes para el Estado, aquellos indudablemente vulneran una serie de disposiciones de carácter constitucional que, siendo parte del ordenamiento interno, son el reflejo de los intereses a cuya protección el Estado se obliga en el ámbito internacional.

No obstante, entender que los hechos calificados como terroristas puedan ser entendidos como crímenes contra la humanidad depende en gran medida de que se consolide —en la doctrina y la jurisprudencia internacionales— la idea de que en el seno de entidades no estatales (organizaciones terroristas, en este caso) también se puedan cometer crímenes contra la humanidad. Para ello, evidentemente, resulta necesario analizar y

⁸¹ Salmón Gárate, o. cit., p. 86.

⁸² En efecto, la CVR sostiene —*Informe final*, t. I, cap. 4, p. 209—: “[...] este debate no es, ni debe ser, exclusivamente jurídico. Se afirma que los actos de los grupos terroristas no pueden ser calificados como violaciones a de los derechos humanos porque los instrumentos de los derechos humanos sólo se refieren a comportamientos de los Estados. Pero al hacerlo se desconoce que los ‘derechos humanos’ no pueden ser históricamente definidos sólo como producto de los instrumentos internacionales. Los instrumentos internacionales son un resultado (el más importante sin duda) de la lucha por el respeto a los derechos humanos, pero no clausuran el universo teórico de preocupaciones que se refiere a estos derechos. No es posible encontrar en ellos, en opinión de la CVR, una razón que impida que cualquier observador decida calificar los actos del terrorismo conforme a los derechos humanos [...] los actos terroristas no pueden ser calificados como violaciones a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos porque estos últimos son tratados y en tanto tales solo tratan de la responsabilidad de los Estados, ni pueden ser considerados por las Cortes Internacionales especializadas en estas áreas porque ellas no son competentes para juzgar crímenes terroristas. Esta afirmación, sin embargo, no impide que se califiquen los crímenes del terrorismo como violaciones a los derechos humanos [...]”.

discutir acerca de los elementos mencionados anteriormente,⁸³ orientados a establecer una *equiparación funcional* entre la capacidad destructiva de la organización terrorista con la que posee una entidad estatal o una organización paraestatal.⁸⁴

En todo caso, a mi juicio, los esfuerzos para defender la idea de que los actos de terrorismo pueden ser entendidos como crímenes contra la humanidad se orientan al establecimiento de criterios que hagan posible el castigo de tales hechos en el ámbito de una instancia supranacional —como podría ser la CPI—, en el concreto escenario en el que el Estado se encuentre imposibilitado de castigar tales hechos. En buena cuenta, siendo claro que los actos terroristas que cometa una organización en el ámbito del territorio de un Estado suponen violaciones a los derechos humanos de las víctimas —y, en ese sentido, que se trata de actos que deben ser reprimidos por la maquinaria legal-judicial del propio Estado—, la búsqueda de criterios, en el ámbito internacional, que permitan entender que el terrorismo se encuentra contemplado (aunque no expresamente) en el artículo 7.1 ECPI⁸⁵ se dirige a la consolidación de la idea de que tales hechos no podrán en ningún caso quedar sin castigo, aun cuando el Estado en cuyo territorio se hayan cometido tales hechos se encuentre en una situación de imposibilidad fáctica o normativa para su persecución y castigo.

Es desde esta perspectiva que en la doctrina se admite que los ámbitos de aplicación de los crímenes contra la humanidad y los delitos de terrorismo, en muchos casos, llegan a superponerse. Así, si por *ataque sistemático o generalizado* se entiende la comisión múltiple de una serie de actos de conformidad con un plan o una política determinada previamente, y que además es cometida contra una población civil, se puede visualizar la proximidad entre ambas figuras: si los actos terroristas se caracterizan por atentar contra los miembros de una sociedad de modo continuado e indiscriminado,

⁸³ Me refiero a los elementos establecidos por la Cámara de Cuestiones Preliminares de la CPI (CC-01/09), decisión de conformidad con el artículo 15 del ECPI para la autorización de la investigación sobre la situación en la República de Kenia, 31 de marzo de 2010: 1) que la organización tenga una estructura jerárquica; 2) que la organización cuente con los medios para llevar a cabo un ataque sistemático o generalizado contra la población civil; 3) que el grupo ejerza el control en alguna parte del territorio de un Estado; 4) que el grupo tenga como objetivo principal la realización de actividades criminales contra población civil; 5) que la organización exprese, de manera explícita o implícita, la intención de atacar a la población civil, y 6) que la organización sea parte de un grupo aún más grande.

⁸⁴ Aquí resulta fundamental la decisión de conformidad con el artículo 15 del ECPI para la autorización de la investigación sobre la situación en la República de Kenia, 31 de marzo de 2010, § 93.

⁸⁵ Beatriz García Sánchez, "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el Código Penal de 1995", en Antonio Cuerda Riezu (dir.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, Madrid: Dykinson, 2006, pp. 60 ss.

siguiendo una estrategia de actuación planificada en orden a alcanzar determinados fines, será posible alegar que las acciones terroristas contienen el carácter sistemático o generalizado de un ataque contra la población civil.⁸⁶ Es por ello que se admite que el terrorismo puede ser entendido como una figura contemplada dentro del universo de manifestaciones de los crímenes contra la humanidad. Se afirma que, de conformidad con la regulación internacional y el *case law* sobre la materia, los actos terroristas pueden subsumirse en la categoría de los crímenes contra la humanidad, ya sea que se cometan en tiempos de paz o en tiempos de guerra. Si es que esto es así, los actos terroristas deberán satisfacer los requerimientos exigidos para todo acto entendido como un crimen contra la humanidad.

De esta manera resultará posible entender un acto terrorista —asesinato, tortura, tratos inhumanos, etc. — como un crimen contra la humanidad. Pero ello no implica, como se verá, que el mismo acto no pueda ser entendido como un crimen de guerra: el elemento contextual del crimen de guerra —esto es, la vinculación entre la conducta lesiva y el conflicto armado (internacional o no internacional)— constituye un elemento a tomar en cuenta únicamente para afirmar la infracción grave del DIH, pero no para determinar la existencia del elemento contextual requerido por el crimen contra la humanidad (el ataque generalizado o sistemático contra una población civil).⁸⁷

En síntesis, es evidente que el terrorismo implica una serie de actos que, correctamente, deben ser entendidos como lesivos de derechos humanos. A partir de esta idea elemental, se ha alegado la posibilidad de que en el ámbito internacional —específicamente, en la CPI— tales actos puedan ser investigados y sancionados en tanto puedan calificarse como genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. Para ello,

⁸⁶ Llobet Anglí, o. cit., p. 80.

⁸⁷ La posibilidad de concurso entre los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra es una idea aceptada a partir de los desarrollos jurisprudenciales del TPIY. Así, entre otros, *Prosecutor v. Jelisić* (IT-95-10-A), sentencia de la Cámara de Apelaciones, 5 de julio de 2001, § 82 (donde dice: “*The validity of cumulative convictions in relation to the same conduct, charged as a violation of the laws of war under Article 3 and as a crime Against humanity under Article 5 of the Statute, is based on the notion that each crime has a special ingredient not possessed by the other [...] the Appeals Chamber notes that, Article 3 requires a close link between the acts of the accused and the armed conflict; this element is not required by Article 5. On the other hand, Article 5 requires proof that the act occurred as part of a widespread or systematic attack against a civilian population; that element is not required by Article 3. Thus each Article has an element requiring proof of fact not required by the other. As a result, cumulative convictions under both Articles 3 and 5 are permissible. In such a situation, it is not possible to hold, as is submitted by the cross-appellant, that either offence is a “lesser included offence” of the other*”); *Prosecutor v. Kuprešić et al.* (IT-95-16), sentencia de la Cámara de Apelaciones, 23 de octubre de 2001, § 379 y ss.; *Prosecutor v. Galić* (IT-98-29), sentencia de la Cámara de Apelaciones, 30 de noviembre de 2006, § 165.

evidentemente, habrá que verificar que el Estado en cuyo territorio se cometieron los hechos carece de las posibilidades fácticas y normativas de investigación y sanción de tales acontecimientos (y así poder activar la jurisdicción de la CPI, por imperativo del principio de complementariedad que caracteriza a esta instancia supranacional).⁸⁸

4.2. Relación entre el terrorismo y las infracciones al DIH

En su *Informe final*, la CVR reconoció que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra debía aplicarse a todas las partes involucradas en el conflicto, tanto estatales como no estatales. Así, en el referido informe se reconoció que el PCP-SL —a diferencia del MRTA, que respetó en ocasiones el DIH⁸⁹— infringió de manera continua los Convenios de Ginebra.⁹⁰ Por otro lado, admitió también que las fuerzas del Estado violaron una serie de disposiciones propias del DIH.⁹¹ Estas afirmaciones solo pueden ser justificadas si se tiene como punto de partida la idea correcta de que todas las partes en el *conflicto armado interno* se encontraban obligadas por las normas humanitarias, de tal manera que las acciones, cometidas en el marco de las hostilidades, que no cumplan los criterios mínimos irrenunciables del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra serán consideradas como graves violaciones a las normas humanitarias de obligatoria observancia.⁹² En ese sentido, si se hace una remisión al escenario concreto del conflicto

⁸⁸ Véase, por todos, Werle, o. cit., p. 164.

⁸⁹ CVR, *Informe final*, t. I, 2003, p. 245.

⁹⁰ CVR, *Informe final*, t. VIII, 2003, p. 319 (Conclusiones Generales, Punto n.º 28), en donde la CVR señala que “por la generalidad y sistematicidad de estas prácticas, miembros del PCP-SL, y en especial su dirección nacional y su denominada *jefatura*, tienen directa responsabilidad en la comisión de crímenes de lesa humanidad en el marco de ataques armados contra la población civil, cometidos a gran escala o bien como parte de una estrategia general o planes específicos. Del mismo modo, estas conductas constituyen, a juicio de la CVR, graves infracciones a los Convenios de Ginebra, cuyo respeto era obligatorio para todos los participantes en las hostilidades. La perfidia con la que actuó el PCP-SL en el terreno, escudándose en la población civil, evitando el uso de distintivos y atacando a traición, entre otros métodos similares como el recurso a acciones terroristas, constituyó un calculado mecanismo que buscaba provocar reacciones brutales de las fuerzas del orden contra la población civil, con lo que se incrementaron en una forma extraordinaria los sufrimientos de las comunidades en cuyos territorios se llevaban a cabo las hostilidades”.

⁹¹ CVR, *Informe final*, t. VIII, 2003, p. 319 (Conclusiones Generales, Punto n.º 55), en donde la CVR afirma que “en ciertos lugares y momentos del conflicto la actuación de miembros de las fuerzas armadas no sólo involucró algunos excesos individuales de oficiales o personal de tropa, sino también prácticas generalizadas y/o sistemáticas de violaciones de los derechos humanos, que constituyen crímenes de lesa humanidad así como transgresiones de normas del Derecho Internacional Humanitario”.

⁹² Al respecto, el Draft Code de 1996 hecho por la Comisión de Derecho Internacional reconocía, en su artículo 20, literal f, numeral iv, a los “actos de terrorismo” como constitutivos de violaciones al DIH en el contexto de un conflicto

armado interno en el Perú, se puede verificar que antes, durante y después del enfrentamiento armado tanto los grupos subversivos como las fuerzas del Estado realizaron comportamientos fácilmente encuadrables dentro de las actividades prohibidas por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra (infracción del principio de distinción entre personas que participan en el conflicto armado y las que no lo hacen, infracción del principio de prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes, infracción del principio de necesidad militar a través de conductas indiscriminadas que buscaban generar terror en la población, entre otros).⁹³

Ahora bien, considerar que las disposiciones del DIH son infringidas en el marco del conflicto armado interno en el Perú no supone un tratamiento distinto a los destinatarios de las obligaciones de carácter humanitario. Al respecto, en este escenario (el del conflicto armado interno) se ha reconocido que es posible aplicar el estatuto de personas protegidas, al que se recurría clásicamente solo en el marco de conflictos armados internacionales. En ese sentido, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra establece que, en el marco de los conflictos armados no internacionales, todas las personas que no participan directamente en las hostilidades (incluidos quienes, siendo miembros de las Fuerzas Armadas, hayan depuesto las armas—incluso voluntariamente— y aquellos que hayan sido puestos fuera de combate por enfermedad, detención o cualquier otra causa) deben ser protegidas por el DIH.

Así, en el marco de un conflicto armado no internacional no es posible hacer referencia a *combatientes*, pues en ese contexto no existen individuos que posean el *derecho a combatir* (como sí ocurren en aquellos que intervienen en conflictos armados internacionales). Por ello, en el caso del conflicto armado interno ocurrido en el Perú entre 1980 y 1990 no se ha reconocido que los grupos rebeldes o insurgentes que tomaron las armas para enfrentarse al Estado tenían *derecho a combatir*. En realidad, en la medida en que aquellos cometieron una serie de hechos tipificados en las disposiciones penales—hechos criminalizados en el ordenamiento jurídico nacional, especialmente el delito de terrorismo—, deben ser considerados, por lo menos, como presuntos autores (o partícipes) de los respectivos delitos cometidos y, por ello, deben ser consecuentemente procesados, juzgados y sancionados por la maquinaria judicial del Estado. Asimismo,

armado de carácter no internacional. Aunque el Draft Code carezca de una explicación sobre esa disposición, al evocar una disposición del Protocolo Adicional II de 1979 se podría estar dando a entender que se entiende al terrorismo como un crimen de guerra.

⁹³ Salmón Gárate, o. cit., p. 98.

tampoco resulta posible reconocer, en el marco de conflictos armados no internacionales, una inmunidad jurídica especial o el estatuto de prisioneros de guerra a los que resulten detenidos en el marco del enfrentamiento.⁹⁴

Con estas afirmaciones, como puede preverse, se descarta cualquier posibilidad de entender que el *Informe final* de la CVR confiere el estatuto de beligerantes, prisioneros de guerra o acreedores de amnistía a los grupos criminales que se enfrentaron al Estado (PCP-SL, MRTA). En efecto, la aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y las normas humanitarias en general, en el marco de un conflicto armado no internacional, primero, no afecta el estatuto jurídico de las partes en conflicto; segundo, no impide que el Estado persiga, detenga, juzgue y sancione a los miembros del grupo armado opositor, y, tercero, no obliga al Estado a amnistiar a quienes se levanten en armas contra él.

Estas circunstancias fueron correctamente reconocidas en la jurisprudencia peruana. Así, en la sentencia *Abimael Guzmán y otros*,⁹⁵ a partir del análisis de los hechos materia de imputación a los miembros de la cúpula del grupo terrorista PCP-SL, se obtuvieron conclusiones de importancia para el análisis del fenómeno del terrorismo y su calificación jurídica desde la perspectiva penal (propia del ordenamiento interno) e internacional.

En primer lugar, se reconoció que la existencia de un conflicto armado no internacional no otorga a los que participan en las hostilidades de un derecho de combatiente, ni de beligerante, ni mucho menos de prisionero de guerra.⁹⁶ En efecto, considerar que existió un conflicto armado no internacional (conflicto armado interno, a decir de la CVR) no supone reconocer, en ningún sentido, un derecho a combatir (que solo emerge, como se dijo, en el marco de conflictos armados internacionales). Reconocer que existió

⁹⁴ *Ibidem*, p. 100. El régimen de los prisioneros de guerra se encuentra esencialmente desarrollado en el Convenio III de Ginebra de 1949, referido a conflictos armados internacionales.

⁹⁵ Sentencia *Abimael Guzmán y otros*, p. 136 ss. En la p. 138 el Tribunal afirma: "De lo anteriormente expuesto se pueden extraer cuatro conclusiones: 1.º La existencia de un conflicto armado no internacional, no otorga a los que participan en las hostilidades de un derecho de combatiente, ni de beligerante ni de prisionero de guerra. 2.º La aplicación del Derecho Internacional Humanitario no modifica ni deroga la ley penal del Estado donde se realizan las hostilidades y que debe ser aplicada a los que la infringen. 3.º En un conflicto armado no internacional están prohibidos los actos de terrorismo. 4.º Como aparece de los hechos probados y de los argumentos que en detalle se formularán más adelante, los integrantes, y en especial sus dirigentes, del Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso llevaron a cabo u ordenaron la realización de atentados y acciones armadas al margen del Derecho Internacional Humanitario e incurrieron en la violación sistemática del art. 3º común a los Convenios de Ginebra".

⁹⁶ Sentencia *Abimael Guzmán y otros*, p. 136.

aquel conflicto supone entender, en realidad, que las normas humanitarias —específicamente, el contenido mínimo irreductible de DIH declarado por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra— rigen la actividad militar de las fuerzas en disputa y la limitan a lo estrictamente necesario. Asimismo, es posible afirmar que los miembros del PCP-SL capturados por las fuerzas del orden (esto es, los detenidos) no poseen un estatus jurídico de prisioneros de guerra (que solo se aplica en los conflictos armados internacionales y se encuentra regulado por el III Convenio de Ginebra de 1949).

En segundo lugar —y esto es de gran importancia—, la aplicación del DIH no modifica ni deroga la ley penal del Estado donde se realizan las hostilidades, que debe ser aplicada a los que la infringen. Al respecto cabe mencionar que, si bien en tiempos de paz las obligaciones emanadas de instrumentos internacionales tienen como destinatarios a los Estados, en tiempos de guerra las circunstancias se tornan distintas por cuanto la existencia de un conflicto armado (internacional o interno) habilita la aparición de una serie de obligaciones dirigidas, como se dijo, no solo al Estado, sino también, por ejemplo, a las organizaciones que se enfrenten a este en el marco de un conflicto armado no internacional.

De este modo, dado que los actos de terrorismo se encuentran prohibidos por el DIH, quienes de manera organizada decidan realizar acciones como parte de, por ejemplo, una guerrilla, están indudablemente obligados a respetar las normas humanitarias sobre la conducción de las operaciones militares y la protección de la población civil. Siendo entonces que el DIH se dirige a los participantes en las hostilidades con el único objetivo de reducir y racionalizar sus respectivas actividades, en el marco de un conflicto armado no internacional las leyes del Estado, por su intrínseca vocación de vigencia general y como manifestación de la soberanía estatal, permanecen inmutables en la medida en que pueden ser aplicadas por las autoridades oficiales para investigar, procesar y sancionar penalmente a los miembros de los grupos que se alzaron en armas contra el Estado.

Resulta interesante verificar que la infracción de las normas elementales del DIH en el marco de un conflicto armado no internacional supone, como puede preverse, la vulneración de bienes jurídicos elementales (vida, integridad física, libertad, etc.) que ya son objeto de protección jurídico-penal en el ordenamiento nacional. De este modo, aunque un determinado hecho lesivo cometido en el marco de un conflicto armado no internacional pueda ser entendido como una infracción al DIH, su represión penal será aquella establecida previamente en el ordenamiento interno, debido a que tal

hecho lesivo supone en primer término la afectación de un bien jurídico (individual o colectivo).⁹⁷ En buena cuenta, resulta correcto entender que los actos de terrorismo que se lleven a cabo en el contexto de un conflicto armado no internacional pueden ser materia de procesamiento como delitos de conformidad con el ordenamiento interno del Estado.⁹⁸

En tercer lugar, en un conflicto armado no internacional están prohibidos los actos de terrorismo.⁹⁹ En efecto, en el ámbito del DIH, tanto del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 como del Protocolo Adicional II de 1977, puede colegirse la proscripción del terrorismo (aunque en aquel ámbito no se proporcione ninguna definición de este).¹⁰⁰ Como en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra se afirma que en el contexto de un conflicto armado no internacional no se puede considerar como objetivo militar a las personas que no participen directamente en las hostilidades (civiles y miembros de las Fuerzas Armadas que hayan dejado las armas o estén fuera de combate), los actos de terrorismo —que generalmente suponen la realización de actividades contra la población civil con el objetivo de generar terror o zozobra— se podrían entender, consecuentemente, como prohibidos por el DIH. Por su parte, el Protocolo Adicional II no solo reconoce de manera expresa en su artículo 4 la prohibición de los actos de terrorismo en el marco de un conflicto armado no internacional (aunque no propone qué debe entenderse por *terrorismo*), sino que también, en su artículo 13,

⁹⁷ La idea de que las infracciones al DIH pueden ser sancionadas con los tipos penales “ordinarios” (que protegen bienes jurídicos individuales como la vida, la libertad, la integridad física, etc.) y no con una legislación especial (como la que se puede articular en un Código de Justicia Militar Policial, en el caso del Perú) fue percibida por el TC del Perú en su STC n.º 012-2006-PI/TC (donde se entiende que la infracción de una norma de DIH por parte de un agente de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional no constituye un delito de función). Aquí señala, en el fundamento jurídico 74: “Seguidamente, se examinará el cuestionado inciso 1 del art. 90.º del CJMP, que establece que ‘El militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1. Mate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de veinte años ni mayor de treinta años. Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (en actividad), que en un conflicto armado internacional o no internacional (en acto de servicio o con ocasión de él), MATE a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, afectando el bien jurídico VIDA (que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el art. 173.º de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional”.

⁹⁸ Manuel Pérez González, “Combating Terrorism: An International Humanitarian Law Perspective”, en Pablo Antonio Fernández Sánchez (ed.), *International Legal Dimension of Terrorism*, La Haya: Martinus Nijhoff, 2009, p. 267.

⁹⁹ No obstante esta apreciación, este es un tema controversial. Cf. Ambos, *Treatise...*, o. cit., t. 2, pp. 230-231.

¹⁰⁰ Pérez González, “Combating...”, o. cit., p. 261.

declara que ni las personas civiles ni la población civil como tal serán objeto de ataque, por lo que quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Así, es posible señalar que el terrorismo se encuentra prohibido no solo en el contexto de conflictos armados internacionales,¹⁰¹ sino también en el de conflictos armados no internacionales.¹⁰²

Pues bien, en la sentencia a la cúpula terrorista del PCP-SL se estableció que, si bien el contexto histórico vivido en el Perú de 1980 al 2000 constituyó un conflicto armado interno, no resulta de aplicación el Protocolo Adicional II de 1977. Esto se debe, como señaló el tribunal, a que no se cumple alguno de los presupuestos necesarios, específicamente, la existencia de un mando responsable en el PCP-SL capaz de hacer cumplir el DIH. En ese sentido, en la sentencia se señala que, “antes bien, los integrantes de su cúpula asumieron la estrategia de no conducirse conforme al mismo y violar sistemáticamente el artículo 3 común”.¹⁰³ Por ello, aunque desde la perspectiva del tribunal que emitió la sentencia citada se llegó a la conclusión de la no aplicación del Protocolo Adicional II de 1977, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 sí resulta aplicable y debe constituir el objeto de referencia para la actuación de las partes que intervienen en las hostilidades. Siendo esto así, aunque las actividades terroristas del PCP-SL suponen una continua infracción de normas humanitarias (concretamente, aquellas emanadas del artículo 3 común), tales actividades deben ser reprimidas con las disposiciones existentes en el ordenamiento interno (por ejemplo, con las normas antiterroristas). Como se dijo, la aplicación del DIH como criterio rector de las actividades de las partes que intervienen en las hostilidades no reduce en absoluto las prerrogativas del Estado en calificar como contrarias a derecho determinado tipo de actividades armadas y, en ese sentido, detener, procesar y sancionar penalmente a los responsables por ellas.

¹⁰¹ El artículo 33.1 de la IV Convención de Ginebra de 1949. Asimismo, el Protocolo Adicional I de 1977 recoge la prohibición del terrorismo en su artículo 51.2.

¹⁰² Por todos, Cassese, o. cit., p. 171.

¹⁰³ Sentencia *Abimael Guzmán y otros*, p. 136, donde, además, con respecto a la aplicación del Protocolo Adicional II, dice: “Si es que es posible la aplicación eventual de algunas disposiciones de dicho protocolo que han alcanzado el carácter de normas consuetudinarias o reflejan principios de alcance universal, que deben aplicarse a cualquier situación de conflicto armado, más allá de su caracterización jurídica”.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, "Amicus curiae brief submitted to the appeals chamber of the special tribunal for Lebanon on the question of the applicable terrorism offence with a particular focus on 'special' special intent and/or a special motive as additional subjective requirements", *Criminal Law Forum*, 2011, pp. 389-408.
- "Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿Es el terrorismo un crimen internacional?" (traducción al español de Ezequiel Malarino), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, UNED, n.º 7, enero de 2012, pp. 143-173.
- "Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional", *Revista General de Derecho Penal*, n.º 17, 2012, pp. 1-30.
- *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción al español de Ezequiel Malarino), 2.ª ed., Montevideo y Bogotá: Fundación Konrad Adenauer y Temis, 2006.
- *Treatise on International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BOTHE, Michael, "War Crimes in Non-International Armed Conflicts", en Yoram DINSTEIN y Mala TABORY, *War Crimes in International Law*, La Haya: Martinus Nijhoff, 1996, pp. 293-304.
- BUENO ARÚS, Francisco, "Aspectos jurídicos del terrorismo", *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 228-231, 1980, pp. 51-89.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, "Sentido y límites de los delitos de terrorismo", en Carlos GARCÍA VALDÉS, Antonio CUERDA RIEZU, Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, Rafael ALCÁCER GUIRAO, Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*, t. II, Madrid: Edisofer, 2008, pp. 1879-1906.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, "Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto y tratamiento penal", en Juan Luis GÓMEZ COLOMER y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 49-56.
- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2008.
- CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo, *El delito de terrorismo y garantías procesales en la lucha antiterrorista. Análisis de su evolución jurisprudencial*, Lima: Grijley, 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, Washington D. C.: Corte IDH, 2002.
- COTTIER, Michael, "Article 8", en Otto TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2.ª ed., Múnich: Beck-Hart-Nomos, 2008.
- DIXON, Rodney, y Christopher K. HALL, "Article 7", en Otto TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2.ª ed., Múnich: Beck-Hart-Nomos, 2008.

- DOMB, Fania, “Treatment of War Crimes in Peace Settlements - Prosecution or Amnesty?”, en Yoram DINSTEIN y Mala TABORY, *War Crimes in International Law*, La Haya: Martinus Nijhoff, 1996, pp. 305-320.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “La tipificación ‘europea’ del delito terrorista en la decisión marco de 2002”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 4, 2005.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el Código Penal de 1995”, en Antonio CUERDA RIEZU (dir.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, Madrid: Dykinson, 2006, pp. 33-74.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, y Antonio FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, *Teoría y Derecho*, n.º 3, 2008, pp. 34-58.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1986.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Terrorismo y “guerra” contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático*, tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2008.
- OLÁSOLO ALONSO, Héctor, y Ana Isabel PÉREZ CEPEDA, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, “Combating Terrorism: An International Humanitarian Law Perspective”, en Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (ed.), *International Legal Dimension of Terrorism*, La Haya: Martinus Nijhoff, 2009, pp. 253-274.
- “El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coord.), *Derecho internacional humanitario*, 2.ª ed., Valencia: Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2007.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (coord.), *Derecho internacional humanitario*, 2.ª ed., Valencia: Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2007.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, Múnich: Beck, 2006.
- SALMÓN GÁRATE, Elizabeth, “El reconocimiento del conflicto armado en el Perú. La inserción del derecho internacional humanitario en el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional”, *Revista Derecho PUCP*, n.º 57, 2005, pp. 79-102.
- TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, 2.ª ed., Múnich: Beck-Hart-Nomos, 2008.
- WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, 2.ª ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

Jurisprudencia internacional

- Corte Penal Internacional - Cámara de Cuestiones Preliminares de la CPI, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 de marzo de 2010 (ICC-01/09).
- Corte Penal Internacional - Prosecutor v. Katanga & Ngudjolo, Decision on the confirmation of charges, 30 de septiembre de 2008 (ICC-01/04-01/07).
- Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia - Prosecutor v. Galić, sentencia de la Cámara de Apelaciones, 30 de noviembre de 2006 (IT-98-29).
- Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia - Prosecutor v. Blaskić, sentencia de la Cámara de Apelaciones, 29 de julio de 2004 (IT-95-14-A).
- Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia - Prosecutor v. Kuprešić et al., sentencia de la Cámara de Apelaciones, 23 de octubre de 2001 (IT-95-16).
- Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia - Prosecutor v. Jelisić, sentencia de la Cámara de Apelaciones, 5 de julio de 2001 (IT-95-10-A).
- Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia - Prosecutor v. Blaskić, sentencia de la Cámara de Juicio, 3 de marzo de 2000 (IT-95-14-T).
- Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia - Prosecutor v. Tadić, sentencia de la Cámara de Apelaciones, 15 de julio de 1999 (IT-94-1-A).
- Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia - Prosecutor v. Tadić, sentencia de la Cámara de Juicio, 7 de mayo de 1997 (IT-94-1-T).
- Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia - Prosecutor v. Tadić, Decision of the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995 (IT-94-1-T).
- Corte Internacional de Justicia - Nicaragua v. Estados Unidos de América (caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua), 27 de junio de 1986.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-537, de 28 de mayo de 2008.

Jurisprudencia nacional

- Sala Penal Nacional, expediente acumulado 560-03, sentencia emitida el 13 de octubre de 2006 (“Abimael Guzmán y otros”).
- Tribunal Constitucional del Perú, expediente 005-2001-AI/TC, sentencia emitida el 15 de noviembre de 2001.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

EL PROBLEMA ESPECÍFICO

DEL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

Alfredo Chirino Sánchez

RESUMEN. Los problemas de autoría y participación se revelan especialmente complejos a la hora de entender la realización de los hechos punibles derivados del terrorismo. Las dificultades dogmáticas y prácticas se presentan, principalmente, a la hora de entender el aporte específico de diversos autores y partícipes, desubicados geográficamente y con una amplia distribución de funciones. Ante este panorama, el derecho penal tradicional enfrenta diversas dificultades que han tratado de ser llenadas con estructuras interpretativas; por ejemplo, la imputación personal a partir de organizaciones criminales y otros esfuerzos. No obstante, la pertinencia de esos esfuerzos está sometida a controversias a la luz de la correcta aplicación del derecho penal en un Estado de derecho. El presente análisis pretende reflexionar sobre la figura del financiamiento del terrorismo como ejemplo de legislación moderna, peligrosista, preventiva y amplísima, que pone en entredicho las reglas tradicionales en aplicación de estructuras dogmáticas como las de la autoría y participación.

Palabras clave: autor, autor mediato, coautor, cómplice, partícipe, autoría mediata por dominio del hecho, autoría en la organización, financiamiento del terrorismo, terrorismo, actos terroristas.

ABSTRACT. Perpetration and participation are particularly complex problems when we try to understand punishable acts derived from terrorism. The main dogmatic and practical difficulties arise when we try to grasp the specific contribution of the different agents and participants, who may be situated in different geographical locations and in charge of a wide range of roles. To face this situation, traditional criminal law has tried using interpretative structures, for example, personal attribution on the basis of the existence of criminal organizations, and other similar efforts. Nonetheless, the appropriateness of these efforts is debated from the perspective of the correct application of criminal law in a State based on the rule of law. We reflect on the offense of financing of terrorism as an example of a modern law, based

on the concepts of crimes of endangerment, prevention and a very wide scope, which raises questions regarding the traditional rules of application of dogmatic structures such as perpetration and participation.

Key words: perpetrator, indirect perpetrator, co-perpetrator, accomplice, indirect perpetration through control over the act, perpetration in the organization, financing of terrorism, terrorism, terrorist acts.

ZUSAMMENFASSUNG. Die Probleme von Täterschaft und Teilnahme stellen sich als besonders vielschichtig dar, wenn es um die Begehung von Straftaten des Terrorismus geht. Die rechtsdogmatischen und praktischen Schwierigkeiten treten insbesondere bei der Beurteilung der spezifischen Tatbeiträge einzelner geografisch verstreuter Täter und Teilnehmer mit einer Vielzahl von Funktionen auf. Vor diesem Hintergrund steht das traditionelle Strafrecht vor mehreren Schwierigkeiten, die mit Hilfe von verschiedenen Interpretationen zu lösen versucht werden; ein Beispiel ist die individuelle Zurechnung über eine kriminelle Organisation sowie andere Ansätze. Unter dem Gesichtspunkt der korrekten Anwendung des Strafrechts in einem Rechtsstaat ist die Zulässigkeit solcher Versuche jedoch umstritten. In dem vorliegenden Beitrag werden einige Überlegungen zur Rechtsfigur der Terrorismusfinanzierung als Beispiel einer modernen, gefährdungsorientierten, präventiven und sehr weit gefassten Gesetzgebung angestellt, mit der traditionelle Regeln zur Anwendung rechtsdogmatischer Strukturen wie Täterschaft und Teilnahme infrage gestellt werden.

Schlagwörter: Täter, mittelbarer Täter, Mittäter, Beihilfeleistender, Teilnehmer, mittelbare Täterschaft durch Tatherrschaft, Organisationsherrschaft, Terrorismusfinanzierung, Terrorismus, terroristische Handlungen.

1. Introducción

En la presente investigación se analizará el fenómeno del terrorismo desde la perspectiva de su acercamiento jurídico-penal. Se prestará especial importancia al problema de la autoría y la participación, con un acentuado énfasis en la figura de la financiación del terrorismo, que no por casualidad ha cobrado una relevancia enorme en la discusión jurídica de la comunidad internacional, cada vez más sensible a los enormes peligros de un fenómeno que ha adquirido formas de comisión y de impacto globales.

Desde una perspectiva jurídico-penal, en concreto de la autoría y la participación, el fenómeno del terrorismo presenta dificultades de inusual trascendencia, como lo es la imputación personal de hechos con una distribución de trabajo global y con mecanismos de ejecución altamente funcionales pero desubicados geográficamente. Si a esto

se une que el fenómeno del terrorismo no se agota en la ejecución de actos de violencia contra una gran cantidad de personas y bienes jurídicos de variada especie e importancia, sino que también incluye su financiamiento y mantenimiento, así como la incorporación de nuevos autores y cómplices en las organizaciones, puede comprenderse la necesidad de superar algunos viejos esquemas de análisis tradicional de la comisión de los hechos penales.

Entre los mecanismos “modernos” para este acercamiento al análisis de la autoría y la participación pueden mencionarse, sin lugar a dudas, la apertura de la doctrina a incorporar mecanismos como la autoría por dominio de aparatos de poder y, por supuesto, formas de imputación personal a partir de formas de participación organizacional. Estas formas de concurso personal y de imputación de hechos penales a título personal, que parten de formas de ejecución del hecho como una organización, desenfocada desde el punto de vista geográfico y temporal, ponen en entredicho viejos principios base del derecho penal y, por supuesto, someten a estrés los diversos acercamientos dogmáticos que se habían venido incorporando en las legislaciones nacionales a partir del así denominado *derecho penal nuclear* o *derecho penal liberal*.

En el contexto preciso de la política criminal costarricense, y de su esfuerzo por aprehender el fenómeno del financiamiento del terrorismo a través del derecho penal, se intentará describir el camino seguido por el legislador, sus aportes y fracasos y contextualizar una específica forma de atender este fenómeno que bien podría sintetizar la que otros países de la región han seguido, de manera un tanto apresurada y por la vía de las presiones de diversas organizaciones internacionales encargadas del tema.

A continuación se hará, por ello, una exposición de las características definitorias del delito de financiamiento del terrorismo y su evolución en los diversos documentos e instrumentos internacionales. Luego se expondrán las diversas reglas de imputación penal que podrían sintetizar los problemas de autoría y participación que es dable entender se producen en todos los delitos del ámbito del terrorismo, pero que en concreto inciden en la interpretación del tipo penal que ha propiciado la redacción de este estudio.

2. El fenómeno de la financiación del terrorismo como objeto de la política criminal

2.1. El financiamiento del terrorismo y la comunidad Internacional

Cálculos de los años noventa del siglo pasado estimaban que las cifras mundiales derivadas del lavado de dinero y del financiamiento del terrorismo rondaban las astronómicas sumas de 590 mil millones a 1,5 billones de dólares.¹ A su vez, el FMI calculó para el año 2003² que la suma total de dinero involucrado en el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo ascendía a entre un 2% y un 5% del producto interno bruto mundial. Es claro que ambas sumas dimensionan la importancia económica y el impacto que estos fenómenos tienen en los flujos monetarios a escala mundial. Es muy probable que dichas estimaciones ya estén desenfocadas en cuanto a su impacto si pudieran medirse con certeza en los últimos años; sin embargo, se puede partir del aserto de que dichas sumas pueden haberse duplicado, tomando en cuenta el crecimiento de la actividad criminal de diversas organizaciones terroristas alrededor del mundo y el espacio aún libre de regulación jurídica que la legislación de algunos países permite.

El primer mecanismo de lucha contra el terrorismo en el seno de la ONU fue el Convenio de Tokio de 1963, relativo a infracciones e intervenciones dentro de aeronaves. Desde ese punto histórico, el fenómeno del terrorismo ha ocupado un papel central en la preocupación de la comunidad internacional. Entre la década de los setenta y la década de los noventa se suscribieron una docena de instrumentos internacionales³ en materia relati-

¹ Vito Tanzi, *Money Laundering and the International Finance System*, Washington D.C.: Fondo Monetario Internacional, Working Papers 96/55, 1996.

² Fondo Monetario Internacional, *Guía de referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo*, Washington D.C.: FMI, 2003.

³ Ejemplo de ello son la resolución 46/51 de la Asamblea, de 9 de diciembre de 1991, que se llamó *Medidas para eliminar el terrorismo internacional*, en la que declaró la preocupación por el terrorismo y en específico por la creciente relación de este con el narcotráfico. Luego, la resolución 49/60 de la Asamblea, de 9 de diciembre de 1994, mediante la cual se aprobó la *Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional*; en especial, el punto 5 de dicha resolución exhortó a que los Estados “Se abstengan de organizar, instigar, facilitar, *financiar*, alentar o tolerar actividades terroristas...” (cursiva añadida). Además, la resolución 51/210 de la Asamblea, de 17 de diciembre de 1996, de vital importancia, puesto que exhortó a los Estados a adoptar las medidas internas apropiadas para prevenir y contrarrestar el financiamiento del terrorismo (§ 3.f) y los instó no solo a activar las alarmas ante otras actividades ilícitas que pudieran financiar al terrorismo, sino a hacer vigilia de organizaciones sospechosas que declararan fines caritativos, sociales o culturales pero que fuesen mamparas para dicho financiamiento, y no solo ello, sino también

va a lo que entendemos hoy en día como terrorismo,⁴ aunque en su mayor parte se refieren a actos concretos que se relacionan con el terrorismo y no al fenómeno en su integralidad.

La seguidilla de actos terroristas que incluyó el ataque contra las Torres Gemelas del World Trade Center y el Pentágono en Estados Unidos de América en septiembre de 2001, el atentado de marzo de 2004 contra la estación de trenes de Atocha en Madrid y en julio de 2005 en la estación del metro de Londres fue el caldo de cultivo de una política criminal de carácter intensivo que empezó a fraguarse en los Estados Unidos y luego sería trasladada a todo el mundo. Nunca antes la historia mundial había enfrentado tan directamente el terror y nunca antes había dispuesto de herramientas normativas y técnicas tan intensas para combatir un fenómeno que se mostraba vivo y al acecho de las instituciones y de las poblaciones, sin límites espaciales y sin parangón en cuanto a su influencia económica y política.

El 10 de abril de 2002, con la firma de 132 Estados y la ratificación de más de 100, entró en vigor la Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento de Terrorismo (en adelante, Convención de 1999), que, entre otras cosas, exigía a los Estados parte la tipificación del delito del terrorismo, las organizaciones terroristas y los actos terroristas. Era el primer instrumento internacional que miraba al terrorismo como un fenómeno que engloba distintos actos;⁵ la financiación del terrorismo, ahora ilegal,

a adoptar medidas para rastrear movimientos de fondos sospechosos de vincularse a actividades terroristas e intercambio de información entre Estados. Sobre el vínculo de la resolución 21/210 puede consultarse Bruno Tondini, *El financiamiento del terrorismo y el crimen organizado: la actualidad de ambas problemáticas, normas internacionales y argentinas aplicables*, Buenos Aires: Centro Argentino de Estudios Internacionales, Working Papers 72, <<http://www.caei.com.ar/sites/default/files/72.pdf>> (18.7.2014), p. 8.

⁴ Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a bordo de las Aeronaves (Convenio de Tokio), firmado el 14 de septiembre de 1963; Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (Convenio de La Haya), firmado el 16 de diciembre de 1970; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Convenio de Montreal), firmado el 23 de septiembre de 1971, y su protocolo complementario, del 24 de febrero de 1988; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, firmada en Nueva York el 14 de diciembre de 1973; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, firmada en Nueva York el 17 de diciembre de 1979; Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, firmada en Viena el 26 de octubre de 1979; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988; Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988; Convenio Internacional sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección, firmado en Montreal el 1.º de marzo de 1991, y el Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas cometidos con Bombas, firmado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997.

⁵ “El Convenio sobre la financiación del terrorismo fue el primer instrumento mundial en exigir que se impusiera responsabilidad penal al apoyo logístico previo a casi todos los actos importantes de violencia terrorista, apoyo que resulta indispensable para los grupos que constituyen la infraestructura institucional del terrorismo.” Oficina de las

consagraba la preocupación de la ONU anterior a los atentados del 11 de septiembre, preocupación que se transformaría de manera muy intensa.

Sin embargo, ya que las convenciones internacionales deben ser firmadas, ratificadas y puestas en vigor con respeto de los mecanismos constitucionales y legales de cada país, el 28 de setiembre de 2001, y en virtud del poco tiempo transcurrido desde los ataques en Estados Unidos, se aprobó de manera unánime la resolución 1737.⁶ Este documento, además de obligar a los Estados a tipificar el financiamiento del terrorismo, proscribió cualquier forma de apoyo a grupos terroristas —quedarían prohibidas acciones tales como prestar refugio y cualquier asistencia, activa o pasiva, congelar cualquier tipo de cuenta que contuviera fondos de personas u organizaciones involucradas con el terrorismo—, al tiempo que exigió mayor colaboración e intercambio de información sobre terroristas entre los Estados. Además, dicha resolución creó el Comité contra el Terrorismo, integrado por los quince Estados miembro del Consejo de Seguridad,⁷ que tiene como función dar un seguimiento, solicitar informes y coadyuvar (pero no de una manera directa) con los avances que haga cada país en sus legislaciones contra el terrorismo.

Es entonces, con la Convención de 1999 y la resolución 1373, que se marcó el escenario político criminal en el que los Estados debían encaminarse: una reforma de las legislaciones nacionales en busca de la punición del financiamiento del terrorismo.⁸ Ya no serían el ataque a los bienes jurídicos que supone el terrorismo o la puesta en peligro actual de dichos derechos los objetos únicos de criminalización, sino también las contribuciones económicas para que eventualmente surja un ataque a esos derechos u otros actos preparatorios para ello. De esa manera, el financiamiento del terrorismo se volvió asunto del derecho penal, como muestra de una sociedad cada vez más preocupada por el riesgo de ataques terroristas masivos.⁹

Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Guía legislativa del régimen jurídico universal contra el terrorismo*, Nueva York: UNODC, 2008, p. 9.

⁶ Consultado en el sitio web del Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad de la ONU. La resolución que se hace vinculante sin necesidad de los mecanismos nacionales de recepción del derecho internacional, por lo dispuesto en los artículos 24, 25, 39, 48 y el capítulo VII de la Carta de la ONU.

⁷ Establecido mediante el punto 6 de la resolución 1373.

⁸ UNODC, o. cit., p. 21 dice: "La única forma de cumplir todas las normas internacionales aplicables a la financiación del terrorismo consiste en promulgar legislación que establezca el delito correspondiente, en lugar de recurrir a teorías de complicidad, conspiración, blanqueo de capitales u otros delitos no relacionados concretamente con la financiación del terrorismo".

⁹ Sabine Görg, *Geldwäschebezogene Terrorismusbekämpfung. Praktische Wirkung und kriminalpolitische Angemessenheit der Bekämpfungsmaßnahmen*, Fráncfort: Peter Lang, 2010, pp. 122-123.

Esta reacción jurídico-penal, propia del así denominado *derecho penal del riesgo*, heredera de las observaciones sobre la epistemología del riesgo proveniente de Beck,¹⁰ llegó para quedarse. Por supuesto, una de sus manifestaciones más plásticas es, sin duda, la atención a los problemas de autoría y participación, que se reflejan en todas las disposiciones sobre terrorismo, pero que se manifiestan especialmente en el delito de financiamiento del terrorismo. La ampliación de la red del derecho penal se explica en las bases eminentemente preventivas que inspiran el enfoque normativo que lo anima.

Estas medidas son quizá el mejor ejemplo, o el mejor acabado, de un derecho penal de emergencia, inexorable en la restricción de libertades fundamentales y en el alejamiento de los principios tradicionales de limitación al derecho penal,¹¹ como respuesta al miedo que se transmitía por doquier contra el terrorismo. El mundo conmovido fue testigo (y víctima) del alto coste humano y económico que representó la denominada *lucha contra el terrorismo* del gobierno norteamericano de George Bush hijo, pero no deja de ser testigo de los ataques contra las bases democráticas, y de cómo se gestó una otredad criminal ante la comunidad internacional, una que parece ser diferente a otros tipos de criminalidad organizada, y a la que se ha dado un trato diferente.

El endurecimiento punitivo ya conocido contra la criminalidad organizada, y su versión potenciada contra el terrorismo, parecen no estar cerca de ser una respuesta definitiva contra estos flagelos sociales, pero es la respuesta forzada de la comunidad internacional y se ha promovido en los diversos Estados nacionales. La reflexión tal vez no se ha enfocado en las raíces sociales y políticas del fenómeno terrorista; al contrario, parece dar una respuesta jurídico-punitiva más apresurada¹² y contundente, producto de los acontecimientos terroristas que han conmocionado a la comunidad internacional en las últimas décadas.

¹⁰ Sobre la sociedad del riesgo, consúltese Ulrich Beck, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Fráncfort: Suhrkamp, 1986; acerca del derecho penal del riesgo, Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, tomo 1, Madrid: Civitas, 2.ª ed., 1997, pp. 6062.

¹¹ Los controles de pasajeros de aeronaves se intensificaron, por nombrar un ejemplo de muchos en los que el 9/11 marcó un antes y un después en la comunidad internacional, no solo para los miembros de una organización terrorista, sino para todo ciudadano en el seno de la globalización. Al respecto consultar Fernando Miró, "Democracias en crisis y derecho penal del enemigo", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 87, Madrid, 2005, pp. 185-229.

¹² Con mayor profundidad, Myrna Villegas, "Convención Interamericana contra el Terrorismo: entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos", *Revista de Derecho y Humanidades*, n.º 9, Santiago (Chile), 2002-2003, pp. 175201.

Las dificultades del concepto de terrorismo terminan por crear una base de difícil dilucidación jurídica y complejizan ciertas acciones que se pretende visualizar como conexas, coetáneas o incluso permanentes en el acontecer terrorista. Aquí destaca especialmente el tema del financiamiento del terrorismo.

La literatura subraya el papel importante del financiamiento para asegurar el sostenimiento y la sobrevivencia misma de las organizaciones terroristas. En una palabra, está convencida de que no se trata de una actividad colateral, sino de que es esencial para explicar el papel global de los grupos terroristas. Es cierto que en ocasiones este financiamiento es una actividad preparatoria de la acción criminal,¹³ pero también puede ser una actividad coetánea y, por supuesto, una actividad subsiguiente. Así las cosas, la persecución penal de las actividades de traspaso de propiedad¹⁴ con la finalidad de apoyar al terrorismo es esencial para combatir este fenómeno en un estadio en el que aún no ha provocado daños graves a la colectividad y en el que la actividad financiera, cuando colapsa, podría llevar al traste con la realización de otros actos violentos.¹⁵

3. La tipicidad de financiamiento del terrorismo costarricense: problemas jurídicos heredados de los instrumentos internacionales

El año 1999 no es en sí mismo un hito histórico para promover el castigo penal del financiamiento del terrorismo. Es evidente que tal fenómeno había sido tematizado mucho antes, no solo porque ya se sospechaba de la estrecha vinculación entre el terrorismo y su financiamiento, así como de la necesidad de ese binomio para el sostenimiento de dicha actividad alrededor del mundo. Todo parece indicar que fue tan solo la coyuntura propicia para que la Asamblea General de las Naciones Unidas diera el primer impulso internacional necesario para alcanzar la penalización del financiamiento del terrorismo y promover una legislación penal marco mundial¹⁶ para orientar a los legisladores

¹³ En ese sentido se pronunció el Convenio del año 1999, documento que en su preámbulo dice: "Observando que el número y la gravedad de los actos de terrorismo internacional dependen de la financiación que pueden obtener los terroristas...".

¹⁴ Eduardo Aninat, Daniel Hardy y Barry Johnston, "Contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.", en *Finanzas y Desarrollo*, <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2002/09/pdf/aninat.pdf>> (25.6.2014), p. 44.

¹⁵ Görg, o. cit., p. 124.

¹⁶ En las pasadas décadas se inició la discusión sobre una *armonización del derecho penal*, lo que suscita problemas ante una eventual crisis del Estado-nación, puesto que el derecho internacional ha promovido que las legislaciones

nacionales. Si bien esta no tipifica propiamente,¹⁷ en virtud del respeto a la soberanía legislativa de los Estados, en su artículo 2, párrafo 1, hace una descripción de lo que entiende como el delito de financiamiento del terrorismo. Por su lado, retomando el artículo anterior, dada la premura, el punto 1 de la resolución 1373 describe, con mínimas variantes, qué se entendería como financiamiento del terrorismo.

Estas descripciones, sin duda alguna, han inspirado las legislaciones que nacieron de los imperativos de esas normas internacionales (entre ellas la costarricense), no sin antes heredar un fardo de problemas de taxatividad interpretativa.¹⁸

La descripción de la Convención de 1999 estipuló como “tipo modelo” que “quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados [...]”.¹⁹

Por su parte, la resolución 1373 consagró:

tengan cada vez más uniformidad para facilitar la cooperación interestatal en temas de criminalidad, ya sea en el seno del derecho comunitario e incluso transportado a una aspiración mundial. Sobre armonización del derecho penal en el seno de la Unión Europea consúltese Hans J. Hirsch: “Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y procesal penal en la Unión Europea”, en David Baigún (coord.), *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, pp. 649-662; Klaus Tiedemann, “La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, n.º 7, Buenos Aires, 1997, pp. 385-404.

¹⁷ Como así lo hace el Estatuto de Roma, del 1 de julio del 2002, con los crímenes de lesa humanidad de su competencia, en los artículos 6, 7 y 8. En el sentido de la no tipificación del financiamiento del terrorismo en el Convenio del 99, véase Tondini, o. cit., pp. 45.

¹⁸ Al respecto véase Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2005, p. 107.

¹⁹ En su inciso a, dicho artículo refiere a un listado de actos comprendidos en convenciones previas que se anexan a la Convención, y en su inciso b estipula: “[...] cualquier otro acto dirigido a causar la muerte o lesiones a un civil [...] cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno [...]”. Este inciso b posee un problema de excesiva estrechez conceptual, pues queda en duda si efectivamente observa al terrorismo como una actividad criminal que podría atentar contra otros bienes jurídicos diversos de la vida o la integridad física. Es posible entender que el terrorismo no se concreta a atentar contra estos bienes jurídicos personales, sino que también podría implicar lesiones a la libertad, como sucede en la toma de rehenes por grupos terroristas y paramilitares, tanto si tal acción se lleva a cabo con fines terroristas o conexos con fines políticos (presión a los gobiernos, coacción para tomar acciones que favorezcan a los grupos terroristas y sus integrantes, etc.). Podría pensarse en escenarios en los cuales, quizá, quedara fuera de la nomenclatura de terrorismo el hecho del secuestro de una o muchas personas sin causarles menoscabo físico, y podría entenderse que los fondos aportados para realizar tal hecho no quedarían abarcados en el sentido del tipo modelo. Además, queda la duda de si los fondos aportados para la sola manutención de la organización (no solo los fondos para ataques) están comprendidos dentro de la construcción y, por ende, no serían punibles.

[...] tipifiquen como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en su territorio con la intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo.

El terrorismo como figura penal ha pasado por diversas etapas en su descripción, con el objetivo de incorporar y ampliar diversas formas de autoría y participación. En primer lugar, se escogió la aplicación de las formas tradicionales de criminalidad, con un agravamiento de la pena si la comisión se realizaba por organización terrorista o si los autores habían actuado con un fin terrorista. Luego se buscó una forma de combate que abarcara también formas de colaboración o de encubrimiento, que en definitiva ampliaban la cobertura de la acción criminal. Finalmente se promovió el castigo de la apología del terrorismo.

Mediante la ley 8719, Costa Rica experimentó una importante reforma legal a su ley 8204 en lo concerniente al tratamiento del terrorismo y, dentro de ello —con particular intensidad—, a su financiación. Dicha ley adicionó una nueva tipicidad penal que criminalizaría el financiamiento del terrorismo, al establecer:

[...] quien, por cualquier medio y de manera directa o indirecta, recolecte, oculte, provea, promueva, facilite o de cualquiera otra forma coopere con la recolección o la entrega de los fondos, productos financieros, recursos o instrumentos, en el país o en el extranjero, con la intención o el conocimiento de que estos se utilicen o destinen al financiamiento de actos terroristas, aunque estos no lleguen a ejecutarse, o a organizaciones declaradas como terroristas, de acuerdo con el Derecho internacional.

Los problemas y limitaciones que atentan contra un principio de taxatividad interpretativa, desde la perspectiva de un análisis global de las diversas incriminaciones, se enumeran a continuación:

a. La utilización de las fórmulas “por el medio que fuere”, “cualquiera medios” o “por cualquier medio” suscita problemas de interpretación, pues es evidente que el ámbito de cobertura se amplía intensamente, de tal forma que cualquier “medio” es susceptible de punibilidad (y, de hecho, esa parece ser la intención), lo que atenta contra el principio de taxatividad penal y de claridad de las descripciones jurídico-penales.

Tal técnica legislativa choca directamente con las estipulaciones constitucionales, reafirmadas más de una vez por los altos tribunales constitucionales de la región, que

estatuyen el principio de legalidad criminal como la fuente de una sana técnica normativa, que obliga a precisar, como no podía ser de otra manera, los medios de comisión de las acciones punibles.

b. La expresión “directa o indirectamente” o “de manera directa o indirecta” interpela a la participación o autoría, pues por “directa” habría de entenderse que el agente —sin necesidad de participación de otra persona— lleva a cabo el núcleo del tipo. No obstante, debe reconocerse que la expresión dicha aludiría también al problema de entender quién podría ser una *interpuesta* persona. Basta detenerse un instante para convocar aquí diversos problemas interpretativos, entre los que destacan, por supuesto, si tal interpuesta persona podría ser una persona jurídica,²⁰ un coautor o un autor mediato.

Salta a la vista que, tratándose de la figura del financiamiento del terrorismo, hay de por medio instituciones bancarias y financieras, oficinas de cambio de dinero y de remesas internacionales. Estos entes o personas jurídicas se hallan en medio del proceso de allegar los fondos a las organizaciones criminales y terroristas, y por ello actúan como intermediarios financieros —en algunos casos o, se podría decir, en la mayoría de los casos— sin conocimiento de la función de apoyo o ayuda a los grupos que despliegan actividades terroristas alrededor del mundo.

Este es solo parte del problema de vaguedad y opacidad de este concepto jurídico, que sin duda ofrecerá y ofrece dificultades para la aplicación de los tipos penales que incorporen tal fórmula dentro de su descripción legal. En Costa Rica, la imputación a personas jurídicas no está entre las posibilidades (aunque alguna reforma podría cambiar ese panorama), pero podría involucrar a sus representantes.

c. Por su parte, en la Convención de 1999, la fórmula incluida que alude al conocimiento y a la antijuridicidad, concretada en la frase “ilícita y deliberadamente” o “intencionalmente”, suscita el debate sobre qué ha de entenderse por *ilícito*, así como obliga a plantear, de una sola vez, si estamos hablando de una intención criminal o de la comisión de un injusto complejo con la comisión de varias acciones criminales, o si la

²⁰ Informaciones provenientes de la investigación derivada luego de los ataques de las Torres Gemelas, concretamente en un informe de la GAFI para el periodo 2001-2002, tuvieron conclusiones muy interesantes acerca del uso de organizaciones de bien social como parte de los medios o “personas interpuestas” que podrían estar apoyando la actividad criminal de estos grupos terroristas, y a partir de allí las puso en el lente del legislador en un intento de desestimular este poderoso medio de obtención de ayuda económica para la actividad terrorista. Cf. Görg, o. cit., pp. 125-126.

expresión alude exclusivamente, por ejemplo, a la ilicitud sintetizada en el hecho propio del financiamiento por sí mismo.

Ya se ha expuesto —y este no es un problema menor— que no todo financiamiento se haría con fuentes ilícitas o a través de medios ilícitos. Con total independencia de la actividad económica subyacente (que podría ser lícita) habría que buscar otras formas de concretar la intención criminal de financiamiento del terrorismo.

Ahora bien, ¿qué significan en este contexto “deliberadamente” o “intencionalmente”? Podrían ensayarse diversas interpretaciones. Una de ellas tiene que ver con el dolo del autor, quien de manera voluntaria y con pleno conocimiento de la realización del tipo penal despliega una actividad que sabe se dirige a la financiación de una actividad terrorista. En el caso del elemento “intencionalmente”, podríamos aducir que su razón tiene que ver con el concepto de *intention* como *mens rea* o elemento subjetivo en el derecho anglosajón.

Tales interpretaciones se enfrentan a la dificultad, harto conocida, de demostrar un dolo interno a partir de indicios externos, que en el caso del financiamiento del terrorismo, partiendo de que sea una actividad en apariencia lícita y por medios legítimos, llevaría a sospechar de casi todas las actividades cotidianas de movimiento financiero.²¹

Por otra parte, la dificultad para determinar esa predisposición interna y programación criminal lleva también al trance de introducir elementos subjetivos en el tipo penal que en nada ayudan a la clarificación del castigo de la conducta criminal final.

En tal caso, podría concluirse que la inclusión de la fórmula es absolutamente innecesaria, y eso explica que, acertadamente, tanto la resolución 1373 como la tipicidad costarricense no hayan incluido esa descripción.

d. Los verbos rectores *proveer* y *recolectar* parecen tener un mejor contenido semántico; por ello se escogieron y se repiten en los ejemplos transcritos. No obstante, el legislador costarricense, con ánimo de expandir desmesuradamente la punibilidad, incluyó los verbos “promueva, oculte y facilite”. Así entendidos, estos últimos verbos rectores llevarían a la punición de la simple acción sin ningún resultado ostensible.

²¹ Ejemplo de ello son las políticas “conozca a su cliente” que promueve el GAFI y vinculan a las entidades financieras, de tal suerte que una gran cantidad de operaciones financieras y transferencias de fondos son monitoreadas intensamente, lo que de alguna manera coarta el libre ejercicio de las operaciones financieras y con ello produce, en no pocas ocasiones, fatiga y hasta persecución a los usuarios de estos entes.

El verbo *promover* es un elemento de una amplitud semántica extraordinaria, que alude a la simple apología, al mero intento persuasivo o la solicitud; es pues el simple acto de hacer peticiones de fondos, sin alcanzar, claro está, que estos fondos lleguen a ser otorgados al solicitante o petente. La acción de *promover* obliga a plantearse la forma de comisión, pues tan solo despliega una tentativa punible, o al menos podría así entenderse, cuando en la mayoría de los casos sería, en definitiva, tan solo una tentativa inidónea. No trataría, pues, de remitir a la figura del instigador, porque este, en efecto, consigue determinar con un aporte psicológico necesario al agente a cometer un resultado desvirtuado, pero promover no requiere ese resultado.

El verbo *ocultar* es, de igual forma, expansivo, en el sentido que el solo hecho de tener fondos y poseer alguna intención de brindarlos a alguna actividad terrorista, sin hacer evidente o visible que se poseen y, de nuevo, sin la necesidad de haberlos brindado efectivamente a la causa terrorista comportaría el agotamiento de la tipicidad.

Ni que hablar del verbo *facilitar*, pues es tan amplio que cualquier aporte banal que no obstaculice el curso causal de una operación de financiamiento de terrorismo, por definición excluyente, estaría facilitándola y, por ende, la acción así desplegada sería entendida como típica del delito, hemos de presumir que aun si se presenta de manera omisiva.

Pero, por si ya no fuese poca la apertura de la frontera de punición mediante los tres verbos problemáticos, al legislador costarricense le pareció pertinente incluir una fórmula aún más amplia “o de cualquiera otra forma coopere”. Es decir, si hipotéticamente se fuese consecuente con la literalidad de esa redacción, el verbo *cooperar* no tiene especificada ninguna forma comisiva, dado que la intención de una partícula como “cualquier otra forma” es evadir la precisa redacción del verbo rector y su forma de comisión. La aplicación práctica de esta tipicidad queda librada a la interpretación especulativa irrestricta; consecuentemente, cualquier acción de un agente que no impida el financiamiento del terrorismo es punible. Dicho en otras palabras, esa fórmula es abiertamente inconstitucional.

Por el contrario, el verbo *proveer*, tanto como *recolectar*, suponen la efectiva consecución de fondos. El primero supone el traspaso de los fondos a la organización y el segundo, la simple consecución de dichos fondos.

Los problemas de taxatividad expuestos podrían llevar al traste con una sana aplicación de la autoría y participación en cuestiones de terrorismo, como se expondrá más adelante.

e. El concepto normativo de *fondo*, tal y como ha sido expuesto, es un elemento descriptivo del *tipo* modelo, que se precisa en el artículo 1.^o;²² no obstante, hace alusión a una multiplicidad de cosas que, si no se precisan, cualquier cosa que sea susceptible de una apreciación pecuniaria podría entenderse como *fondo* y terminaría ampliando desmesuradamente el ámbito de punición.

f. La finalidad expuesta dentro del *tipo* modelo y repetida por la legislación costarricense, es decir, el dolo implícito en una actividad de financiación del terrorismo, es un dolo que implica todo elemento que integra el financiamiento; o sea, la cognición y la volición tienen que estar presentes en la provisión o recolección de fondos. Sin embargo, la construcción —acertadamente en nuestro criterio— introduce un elemento subjetivo complejo, que apareja al dolo un conocimiento cierto o probable de que los fondos serán utilizados por la organización terrorista.

g. En la tipicidad costarricense se incluye al final que los fondos no necesariamente deben ser destinados para un acto terrorista; que si se destinan para una organización declarada como terrorista por las reglas del derecho internacional son punibles. Esto suscita una reflexión sobre qué organizaciones se pueden considerar terroristas, quién y según qué criterios de certeza los declararía de esa forma.

Es clara, pues, la intención de buscar una atención preventiva y no esperar a la generación de acciones concretas de financiamiento. Tal estructura típica, por supuesto, además de configurar el mejor ejemplo imaginable de un tipo penal de peligro abstracto²³ (con los problemas a la luz de la afectación al bien jurídico que este tipo de delitos reputa), no oculta una técnica incorrecta, que deja sin precisión qué es lo que se pretende proteger.

En síntesis, la descripción bajo examen contiene evidentes lesiones a los principios de taxatividad y *lex certa*, amén de otras afectaciones al principio de legalidad criminal. Es por ello que se puede afirmar, con solidez, que una aplicación de la Convención de

²² La Convención de 1999, en su artículo 1, párrafo primero, indica: "Por 'fondos' se entenderá los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieran obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito". Sin embargo, los insumos bélicos o tácticos quedan en un tratamiento distinto al de *fondos*.

²³ Otra consecuencia más del adelantamiento de la barrera de la punición a estadios previos a la lesión de bienes jurídicos. En ese sentido, los delitos de peligro abstracto se definen como "aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro". Roxin, o. cit., pp. 407 ss.

1999 o la resolución 1373, como modelos de la legislación nacional, podría acarrear serios problemas de justiciabilidad de los casos y, eventualmente, de constitucionalidad de las disposiciones penales inspiradas en tal regulación internacional.

4. Problemas de la autoría y participación en el terrorismo y su financiamiento

En ese preciso contexto de “guerra” y “combate” a un fenómeno que no ha podido ser definido con precisión y claridad,²⁴ se presenta ahora el problema de la determinación de la responsabilidad penal de autores y partícipes, con la ayuda de categorías dogmáticas y legislativas diseñadas para aprehender y comprender judicialmente una criminalidad de diversas características y criminológicamente diversa, tanto en su impacto social como también en sus mecanismos de actuación en una sociedad cada vez más compleja, global e interconectada.

Ante este panorama criminal, la vía queda abierta para el abuso y la arbitrariedad, y para la imputación de hechos penales con total abandono a los límites tradicionales del derecho penal democrático.

El combate de las actividades financieras del terrorismo pasa, igualmente, por la determinación de conductas y acciones que tienen que ver con inversiones inmobiliarias, actividades financieras de mediana y gran escala, explotación de organizaciones de beneficencia, partidos políticos, organizaciones no gubernamentales y otras formas de organización de la sociedad civil.²⁵ De la misma forma, abarca también la evitación de

²⁴ Si bien puede encontrarse isotopía sobre las características que presenta el terrorismo en la literatura, no satisface la necesidad normativa de su nomenclatura a efectos jurídicos. En ese sentido véase Myrna Villegas, “Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal”, *Revista Política Criminal*, n.º 2, Santiago (Chile), 2006, pp. 2-6, y Michael Walter, “Die Terrorismus-Bekämpfung in der Perspektive des Labeling-Ansatzes”, *Humboldt Forum Recht (HFR)*, n.º 15/2008, pp. 158 ss., <<http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=189>> (25.9.2014). Es tal el desacuerdo conceptual sobre qué entender por terrorismo, que a mediados de la década pasada la perspectiva que sostenían las delegaciones norteamericanas y europeas en foros internacionales sobre el terrorismo era totalmente distinta. Los representantes estadounidenses lo identificaban más como un problema de corte militar, mientras las delegaciones europeas —con profundo dolor— lo identificaban como un ataque al orden democrático de los países. Al respecto consultar Alicia Sorroza, “La seguridad interior de la UE: diez años después del 11-S”, *Revista ARI*, n.º 127, Madrid, 2011, <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari127-2011> (22.7.2014).

²⁵ “En realidad, las organizaciones terroristas posiblemente sean organizaciones que persiguen fines dobles y recaudan dinero no sólo con propósitos humanitarios o políticos legítimos, sino también para financiar actividades

conductas criminales comúnmente involucradas con la recaudación de recursos para la criminalidad organizada, como lo son, por ejemplo, el tráfico de drogas, el secuestro extorsivo o la legitimación de capitales, entre otros. Aunque el financiamiento del terrorismo presente similitudes con el lavado de activos, este segundo tipo de criminalidad tiene como característica fundamental que los fondos provienen exclusivamente de un delito subyacente.²⁶

Junto con formas tradicionales de movimiento del dinero, como son las transferencias internacionales, las remesas *hawala*²⁷ y hasta el contrabando, la imaginación de estos grupos criminales les ha permitido sacar provecho de nuevas formas de pago y de dinero a través de diversas páginas web (*e-money* o *digital cash*), que literalmente pueden trasladar grandes cantidades de dinero en periodos muy reducidos y hacerlas indetectables por los mecanismos tradicionales de vigilancia estatal.

El advenimiento de un derecho penal de carácter eficientista en materia de lucha contra terrorismo, sin embargo, no es un fenómeno reciente. Su origen puede rastrearse hasta los años setenta del siglo pasado, cuando ya la actividad del legislador se hizo especialmente poderosa en dirección a un derecho penal de combate, dispuesto a utilizar todas las herramientas normativas a su alcance para combatir el fenómeno del terrorismo.²⁸ De esta época proviene el vocabulario de la guerra aplicado al terrorismo, tendencia que solo se mantiene en un contexto un tanto diverso, luego de los ataques a

terroristas. En caso de enjuiciamiento, la persona que provea o recaude los fondos puede alegar que su intención individual ha sido prestar apoyo a centros médicos o a la educación política.” UNODC, *Prevención de los actos terroristas: estrategia de justicia penal que incorpora las normas del Estado de derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo*, Nueva York: UNODC, 2006, pp. 1112.

²⁶ En ese sentido véase Ramón García, *Prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo*, México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009, p. 258. Además UNODC, *Guía...*, o. cit., pp. 2223.

²⁷ En árabe, *hawala* hace referencia a ‘aval, cable o transferencia económica’. Es una forma de envío de dinero utilizada en el mundo árabe y también frecuente entre los grupos extremistas y terroristas. Las razones de su uso tienen que ver, directamente, con cierta conveniencia para el usuario, en la que destaca, por ejemplo, la velocidad con que los fondos viajan de un lugar a otro, los bajos costos, la conveniencia cultural, la versatilidad y el potencial anonimato con que los dineros pueden ser enviados. El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y otras organizaciones financieras internacionales han subrayado la necesidad de someter estos medios de transacción financiera a los mismos compromisos de control y registro que otros medios de pago internacional. Cf. Mohammed El Qorchi, Samuel Munzele y John Wilson, “Informal Funds Transfer Systems. An Analysis of the Informal Hawala System”, en *International Monetary Fund*, Washington D.C., <<http://www.imf.org/external/pubs/nft/op/222/>> (14.8.2014).

²⁸ Con una descripción de los cambios dogmáticos e ideológicos de este derecho penal contundente cf. Javier Llobet y Alfredo Chirino, *Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada: problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal eficiente*, San José (Costa Rica): Areté, 2000.

las torres gemelas en Nueva York, cuando George Bush hijo declaró la guerra contra el terrorismo.²⁹

El panorama que este trabajo contempla, en general, de los delitos de terrorismo y, en específico, de los de financiamiento del terrorismo permite observar que las esferas de imputación personal o de concurso personal ahora deben contemplar a organizaciones criminales que abarcan dentro de su estructura a grupos y organizaciones, muchas veces lícitas, que cooperan y ayudan a la realización de los hechos penales de terrorismo.

Los bienes jurídicos en juego, siempre de carácter personal, pero también de carácter supraindividual, no permiten cuantificar los medios para una imputación personal limitada, sino que han servido, finalmente, para justificar una ampliación de los efectos genéricos de las estructuras típicas que abarcan cada vez más personas, algunas de ellas desligadas del hecho terrorista principal.

La criminalidad que trata de ser aprehendida penalmente ofrece también dificultades para una responsabilidad penal específicamente personal, no solo por su vocación transnacional, sino por la necesaria vinculación que tiene con estructuras del mundo bancario y financiero internacional, sin las cuales sería imposible pensar en el emprendimiento de las acciones terroristas que se han presenciado por doquier. Esto provoca un escenario criminológico insólito, no conocido antes, y enfrenta al legislador a dificultades inusitadas para un adecuado y razonable trabajo de interpretación jurídica y de regulación normativa.

La teoría del delito y, en concreto, la teoría de la autoría y de la participación, que fue configurada como una forma de comprender el acto individual y la responsabilidad penal personal, ahora es sometida a un particular estrés cuando debe entender actos complejos, muchas veces cometidos por grupos conformados por varias organizaciones de muy diversa ralea, con sujetos intercambiables y con funciones variadas, muchas veces desconectadas en cuanto al conocimiento general de la actividad criminal global.

Ya es notoria, sin embargo, la tendencia del legislador a comprender estos problemas de responsabilidad mediante el uso de tipos penales que describen asociaciones para delinquir, en el caso de actos terroristas, con agravación cuando dicha finalidad es comprobada.³⁰

²⁹ Cf. Walter, o. cit., p. 5.

³⁰ Una descripción de los esfuerzos europeos en esta dirección puede encontrarse en Zúñiga, *Redes Internacionales*, pp. 57 ss.

En el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Budapest en septiembre de 1999, mencionado oportunamente por Laura Zúñiga,³¹ hubo una determinación de los aspectos que habrían de tomarse en cuenta para el análisis jurídico del crimen organizado. En dicho congreso se subrayó la alta división del trabajo de esas organizaciones, donde la responsabilidad individual se diluye en complejas capas de toma de decisión y de acción, la intercambiabilidad de los individuos participantes, el secreto de sus acciones y la mezcla de actividades legítimas e ilegítimas.

Estas características que califican la criminalidad organizada es posible encontrarlas también en los delitos de terrorismo, entre los que claramente destaca el acto violento en sí mismo, como producto final, mercadeable a través de los medios de comunicación,³² pero que no sintetiza ni resume la organización que ha actuado para hacerlo posible. Si se observa toda la compleja organización detrás de aquel acto, se podrá tener en cuenta la compleja trama de información que fluye desde los centros de decisión estratégica hacia los grupos medios de organización y decisión; el uso cada vez más extendido de medios de pago internacional, que se mueven a través de las autopistas financieras del mundo y, por ende, utilizan muchas infraestructuras y actividades económicas lícitas; una alta distribución de funciones que no dependen de personas en concreto, sino que son intercambiables, como ruedecillas de un complejo mecanismo, en el decir de Roxin, y que, por supuesto, tienen una alta disponibilidad a la realización del hecho terrorista.

A lo anterior habría que sumar que en muchos casos la intervención en la realización del hecho podría imputarse a diversas organizaciones ilícitas que trabajan de común acuerdo, que comparten con los centros de decisión una similar ideología y que cooperan para alcanzar los fines que se persiguen con los actos violentos.

De ahí que los problemas de imputación penal de estos hechos a sus autores respondan a los mismos problemas que se presentan en el terrorismo como fenómeno social, político, económico y jurídico, los cuales requieren una revisión detallada de sus circunstancias, con el fin de entender en qué medida y con qué intensidad han sido

³¹ Laura Zúñiga, "Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de 'participación en organización criminal'", en Laura Zúñiga y Diego Díaz (coords.), *El derecho penal ante la globalización*, Madrid: Colex, 2002, p. 53. Congreso celebrado en el mismo año que la Convención de 1999 de la ONU, que impulsó la incorporación del castigo penal del financiamiento del terrorismo en los estados.

³² Manuel Fernández Monzón, "Prensa, opinión pública y terrorismo", en Salustiano Del Campo (dir.), *Terrorismo internacional*, Madrid: Instituto de Cuestiones Internacionales, 1984, pp. 65-80; Walter, o. cit., p. 6.

transformados los instrumentos tradicionales de entendimiento de la responsabilidad individual en materia penal.

Las organizaciones terroristas, al igual que otras formas de organización criminal modernas, han tomado el modelo de las empresas globales, racionalizando recursos, expandiendo operaciones y provocando la interrelación de diversos grupos ubicados en diversos puntos del globo terráqueo, de manera que se asegure el éxito del emprendimiento criminal y se dificulten la investigación de los hechos cometidos y la determinación de las responsabilidades individuales.

Se trata, sin duda, de una *criminalidad de grupo*,³³ donde las dimensiones colectivas parecen ser las definitorias de sus consecuencias.³⁴ El derecho penal que se ofrece a atender el reto es aquel que utiliza una política criminal eficientista, con caracteres evidentemente preventivos, y que se impone la reacción frente al fenómeno, cueste lo que cueste, así sea en garantías tan valiosas como las que forman parte del Estado de derecho democrático.

El hecho terrorista, usualmente enmarcado en un acto particularmente violento, masivo, generador de gran cantidad de víctimas, que afecta la tranquilidad de la convivencia, entre otros bienes jurídicos valiosos, hoy conecta también con otras formas de vinculación penal: las organizacionales. Se trata del aseguramiento y la supervivencia de la actividad del *grupo* mediante formaciones que pueden retomar las actividades criminales emprendidas por alguna agrupación desarticulada, financiarlas a través de diversas actividades locales e internacionales, aprovechar medios, muchas veces lícitos, para llevar los recursos necesarios a fin de garantizar el éxito de las actividades terroristas, realizadas por organizaciones de base, menos complejas pero no por ello menos peligrosas.

Ya no es necesario, por ejemplo, partir de que todos los intervinientes del delito conocen el plan general de la comisión del hecho punible, pues muchas veces los autores inmediatos desconocen el plan general definido por organizadores que se encuentran ubicados a muchos miles de kilómetros del lugar donde tienen lugar los actos terroristas. Muchos intervinientes intermedios, además, no conocen el detalle de la acción de la organización, como tampoco conocen las diversas líneas jerárquicas que llevan y traen la información necesaria para cometer los ilícitos, lo que pone en entredicho formas tradicionales de imputación personal, como lo sería la teoría del dominio del hecho, que se analiza más adelante.

³³ Jäger, *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt*, 1989, citado por Zúñiga, o. cit., p. 52.

³⁴ Zúñiga, o. cit., p. 52.

4.1. La definición del delito y los linderos de participación

La figura penal del terrorismo y su desarrollo histórico legislativo plantearon un primer momento en el que se comportaría como un agravante de otras formas tradicionales de criminalidad; no obstante, dadas las premuras de la comunidad internacional, la frontera de punibilidad se amplió con la creación de tipicidades penales que abarcaran cualquier colaboración con las organizaciones terroristas.

En esa tesitura, el legislador no solo ha tratado de buscar una definición de *autor* que sea maleable a partir de la interpretación judicial, sino también generar alguna superación de los conceptos tradicionales de autoría y coautoría.

Aun cuando son notorias las diferencias de recepción de los conceptos y nomenclaturas penales de autoría y participación en América Latina, principalmente de las derivadas de la doctrina y la legislación alemanas, en algunos países, como Costa Rica, la discusión ha venido planteando algunos de los más difíciles problemas de interpretación y ya se vislumbra la adopción de ciertas categorías de análisis que podrían deparar soluciones más versátiles para los problemas que se han venido detectando del terrorismo y, en concreto, del financiamiento del terrorismo.

La legislación costarricense permite encontrar aplicación para diversas formas de autoría (autoría, coautoría y autoría mediata) y también ha permitido analizar la accesoriedad de la participación, además de ubicar la instigación en hipótesis claramente vinculadas a la colaboración psicológica a la realización del hecho. Si bien la doctrina ya ha hecho aportes valiosos, la jurisprudencia aún es ambivalente, si bien ha hecho aportes de indudable valía. Por ejemplo, es de especial interés lo planteado sobre la distinción entre autor y partícipe,³⁵ así como algún intento que ha habido también de superar el uso de una versión un tanto controversial de la teoría del dominio del hecho.³⁶

³⁵ El Tribunal de Casación de San José ya ha analizado problemas como la distinción entre autor y cómplice en delitos de drogas. Se trataba de un caso en el cual, partiendo de la existencia de una hipotética organización, en ella se había designado a un joven adicto —en una presunta situación de vulnerabilidad por su drogadicción— como el encargado de la venta de las sustancias ilícitas. En este caso el Tribunal de Casación rechazó la pretensión de considerar la posición del joven vendedor en calidad de cómplice, ya que la acción de vender la droga la asumió en su carácter personal, queriendo para sí la realización del hecho punible, por más que la actividad de coordinación o de gestión del negocio ilícito estaba en manos de una mujer que obligaba al menor a vender la droga. Cf. Tribunal de Casación de San José, Voto 00247-2009 de las 14 h del 5 de marzo de 2009 (considerando segundo).

³⁶ El mismo Tribunal de Casación de San José, explorando las posibilidades de los delitos de drogas como delitos de peligro abstracto, entró a considerar la posibilidad de participación en estos hechos punibles, indicando que la diferencia estaría planteada a partir de que el partícipe no tendría control del curso causal definitivo del hecho. En

Con todo, el Código Penal (CP) de Costa Rica abre la puerta a una amplia interpretación de complejos problemas de autoría y participación, como los derivados de organizaciones criminales de diversa naturaleza, y permite delimitar también los problemas de autoría y participación que son pensables en ámbitos más o menos complejos de organizaciones criminales desligadas geográficamente o que eventualmente operen con diversos grados de distribución de funciones.³⁷ Dicha base legal permite resolver múltiples hipótesis, entre ellas las que se derivan de actuaciones en grupo, sin necesidad de acudir, por ejemplo, a la estructura de la teoría de la autoría mediata por dominio de aparatos de poder, en la construcción roxiniana. A pesar de ello, hay algún debate en Costa Rica sobre ciertos puntos; por ejemplo, acerca los criterios para distinguir entre autor y partícipe; entre autores directos, mediatos o coautores; entre autores mediatos e instigadores; entre cómplices y coautores, etc. La discusión —condicionada en parte por la base legal existente— se vuelve mucho más complicada aún cuando se llega al terreno donde la base legal no es clara o ni siquiera existe.

El concepto mismo del *dominio del hecho*, por más que ha adquirido un alto estándar de calidad para resolver los problemas de autoría y participación, sigue afectado por su amplitud. Roxin ha defendido tal amplitud en virtud de la utilidad práctica de esa vaguedad para ser empleada en constelaciones de casos de diversa estructura comisiva.³⁸

Precisamente esa laxitud conceptual ha permitido a la jurisprudencia costarricense extender el concepto de autoría y coautoría, a tal punto que es escasa la posibilidad de

este mismo fallo, para delimitar la responsabilidad entre autor y coautor, se señaló la necesidad de demostrar, en la especie, que previamente a la comisión del hecho o durante la ejecución se habían dividido los partícipes las funciones con el fin de garantizar la efectiva realización de lo planeado. Cf. Tribunal de Casación de San José, Voto 01054-2007 de las 11:35 h del 20 de septiembre de 2007.

³⁷ Castillo establece, con razón, la prelación existente entre el Código Penal de Costa Rica de 1970 y la regulación alemana que entró a regir en 1975, cuando se aprobó la propuesta hecha por los expertos del Ministerio de Justicia alemán sobre autoría y participación, publicados en los *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission* (Actas de las Reuniones de la Gran Comisión de Derecho Penal) de 1958. Aun cuando hay diferencias en los párrafos aprobados en el Código Penal alemán y los incluidos en el Código Penal de Costa Rica de 1970, todavía vigente, es claro que se siguieron las divisiones tripartitas de la autoría y también de la participación, que cobrarían vigencia en la República Federal en 1975. Las diferencias más importantes radican en que el legislador costarricense no incluyó expresamente que la contribución del cómplice o del instigador sea un hecho doloso ni que se instigue o se contribuya a un hecho doloso. Cf. Francisco Castillo, *Autoría y participación en el derecho penal*, San José (Costa Rica): Jurídica Continental, 2006, p. 51.

³⁸ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 7.ª ed., 2000, pp. 146 ss.

dar espacio a una distinción práctica con la complicidad en algunos casos de actividades criminales con alta organización del trabajo.³⁹

Partiendo de un concepto restrictivo de autor es posible utilizar el artículo 45 del CP para definir las diversas formas de autoría, y hacerlo a través de la teoría del dominio del hecho.⁴⁰ En este sentido, la estructura del CP costarricense no permitiría considerar autor a cualquier persona que haga un aporte causal a la realización del hecho punible, por cuanto la definición de *autor* contemplada legislativamente hace referencia al tipo penal, esto es, a la descripción concreta de la acción que habría de desplegarse por el autor. Así las cosas, el artículo 45 del CP hace referencia a la realización del hecho punible

³⁹ Por más que se intente deslindar el papel de los partícipes en organizaciones de poder, en concreto, a partir de la diferencia entre el autor de escritorio y los ejecutores *fungibles*, habría un marco abierto de intervención para otros partícipes, que podrían perfectamente prestar ayudas necesarias (psicológicas y materiales) a la realización del hecho. Podría entenderse, con cierto criterio expansivo de moda en el país, que estas colaboraciones, en la medida en que participan del plan común, no constituyen mera participación sino que son típicas de una coautoría por dominio funcional. Esto se opone, por supuesto, a lo que la doctrina del dominio del hecho en grupos o aparatos de poder pretende, pero es una tesis compatible con cierta forma de observar al derecho penal como instrumento de reducción de riesgos, sobre todo en la criminalidad organizada. Quizá cierta dogmatización del concepto de dominio funcional ha llevado a estas consecuencias, pero quizá también lo ha hecho el uso, un tanto acrítico, de ciertas formas de observar el injusto de participación, como el de Jakobs, que lo analiza como un ataque propio —pero no en concepto de autor— a un bien por medio de la causación imputable en concepto de autor. Ello lleva a una arbitraria diferencia en la que todo aporte es necesario para la realización del hecho. No obstante, habría que reconocer que en esta formulación tampoco va tan lejos como para hacer desaparecer la participación como figura jurídica, aun cuando acepta que esta consiste en una ampliación de la punibilidad. Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, 2.ª ed., 1997, p. 796.

⁴⁰ Francisco Castillo, "Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken in Costa Rica – Eine rechtsvergleichende Analyse", informe nacional presentado al proyecto de investigación internacional coordinado por el Prof. Dr. Ulrich Sieber, el Dr. Hans-Georg Koch y el Dr. Jan Simon. Friburgo de Brisgovia: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 2010 (pendiente de publicación), p. 9. Compartimos con Castillo su escogencia de un concepto restringido de autor, ya que de esa manera es posible construir una teoría garantista de la autoría y delinear con cuidado la accesoriidad de la participación criminal. El concepto restrictivo de autor se podría hacer descansar entonces en la determinación normativa y dogmática de las condiciones en que es dable reconocer el carácter de autor y coautor a un determinado partícipe, más allá de que la nomenclatura costarricense parece haberse restringido a la idea de que hay *autores y partícipes*, lo que ha llevado a la doctrina nacional a pensar que los coautores no serían partícipes. Sin embargo, el artículo 71 del CP, que habla sobre la pena (que es aplicable por igual autores y partícipes), no hace diferencia alguna: "El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe" (cursiva añadida). Reviste vital importancia que este artículo sobre el modo de fijación de la pena no haga diferencia entre autores, coautores, instigadores o cómplices; a todos los engloba en la condición de *partícipes*, por lo que podría extrapolarse que no habría ninguna dificultad de extender la condición de *partícipes* también a los autores y coautores. En contra, Rosaura Chinchilla, *Principio de legalidad, ¿muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en Costa Rica?*, San José (Costa Rica): Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 104-106.

tipificado como tal,⁴¹ lo que obligaría en cada caso a interpretar las formas de autoría a partir del tipo penal concreto del que se trate. Igual cláusula de referencia se encuentra en la regulación legal de la instigación y la complicidad. En efecto, cuando los artículos 46 y 47 del CP refieren a estas dos formas de participación, lo hacen en la medida en que estas implican la *realización de un hecho punible*.

Es evidente que el legislador penal costarricense escogió esta técnica para evitar que *cualquier contribución causal al resultado* pudiera ser considerada *autoría*. De aquí puede sostenerse coherentemente con Castillo que el CP costarricense rechaza un concepto *extensivo* de autor.

Lo siguiente sería determinar el carácter *doloso* de la autoría y la participación. La jurisprudencia costarricense ha sostenido a este respecto que lo determinante para una coautoría en el hecho es el plan común que es ejecutado por varios coautores.⁴² Se habla entonces de un hecho colectivo en el cual todos responden no solo por su aporte causal, sino porque tienen clara la división del trabajo previamente dispuesta.⁴³ De allí han entendido los magistrados costarricenses que habría una plena aplicación de la teoría del dominio funcional del hecho, en otras palabras, el concepto roxiniano de que el dominio conjunto del individuo resulta de su función en el marco de un plan global.⁴⁴

Así las cosas, en la interpretación de la ley penal costarricense cumple un papel trascendental el determinar no solo la existencia de un plan previo común, que puede entenderse por cualquier persona observadora del hecho, sino también que haya entre los autores un ligamen no solo personal, sino que dicho plan los ligue con labores que han sido acordadas y divididas para garantizar el éxito de la empresa criminal.

Es por ello que la coautoría —y esto en concordancia con la situación de la doctrina latinoamericana e hispana contemporánea— es dolosa, por lo que se excluye la posible existencia de una coautoría culposa.⁴⁵

⁴¹ Castillo, "Strafbare Mitwirkung...", o. cit., p. 9.

⁴² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto 967, de las 9:45 h del 14 de septiembre de 2007.

⁴³ En el supuesto de hecho de este Voto 967 de 2007 de la Sala de Casación, se trataba del análisis de la participación de cinco sujetos en el robo con el uso de arma, el cual se agrava por la participación de varias personas y por el uso del arma. Al respecto, ha debatido la jurisprudencia sobre la necesidad de que todos los partícipes conozcan del uso del arma y que este será un elemento importante para alcanzar el despojo de los objetos a la víctima.

⁴⁴ Cf. Roxin, *Autoría...*, o. cit., pp. 308309.

⁴⁵ Con todo, el ejemplo de los dos albañiles que están quitando en forma conjunta las piezas del andamio y que tiran las piezas a la acera ha generado una interesante discusión sobre la posibilidad de aceptar una coautoría culposa. Esto último a partir de que las piezas necesariamente debe ser desmontadas por los dos albañiles, al mismo tiempo, por cuanto son muy pesadas y grandes. La acción conjunta de los dos trabajadores, en la medida en que implica

Era esperable que el Prof. Castillo explicase la autoría a partir de un criterio determinante, que al mismo tiempo ofreciera una garantía de aplicación delimitada que restringiera la punibilidad,⁴⁶ como también construyese una interpretación normativa que fuera suficiente para explicar después algunas extensiones al concepto, en un caso para aceptar la autoría mediata y en el otro para fundamentar la realización conjunta del hecho con dominio de este.⁴⁷

Esta propuesta es consecuente no solo con la fórmula legal escogida en el CP vigente en Costa Rica, sino también con una cierta visión descriptiva de procesos vitales compatibles con el acto de producir una afectación antijurídica y de participar en dicha afectación. Como bien lo postulaba Jescheck, se trata de acciones en el sentido jurídico-penal del término que se acomodan a un sentido social y a la naturaleza de las cosas.⁴⁸ Realizar el hecho en calidad de autor, servirse de alguien para cometerlo, participar en él, instigarlo o servir de cómplice no son más que descripciones jurídicas que se corresponden con acciones en sentido social ya comprendidas a lo externo del mundo normativo. El legislador lo que hace es darle una contextualización y regulación, pero dichas descripciones siguen manteniendo su conexión con la *naturaleza de las cosas* y guardan coherencia con dicha conexión.

la realización conjunta de una conducta culposa que pone en riesgo por igual a los transeúntes, ha sido calificada de coautoría culposa. Autores como Ignacio Benítez han considerado que la coautoría en casos como el señalado provendrían de una autoría accesoria —con apoyo en la doctrina de Jescheck y Weigend (*Tratado de derecho penal: Parte general*) y de Maurach, Gössel y Zipf, *Derecho penal: Parte general*)—. Benítez también admite la autoría accesoria imprudente para los casos de intervención imprudente en un hecho doloso. Cf. Ignacio Benítez, *La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995*, Madrid: Dykinson, 2007, pp. 102103. Castillo, no obstante, sostiene que es posible esta coautoría culposa en el derecho penal costarricense (Castillo, "Strafbare Mitwirkung...", o. cit., p. 42). Aunque no es totalmente clara la doctrina de casación sobre el tema, parece haber una tímida aceptación de la coautoría accesoria imprudente en la jurisprudencia de casación en el famoso caso de los *Piques de Cartago*, donde se estimó que había una especie de sumatoria de culpas. Se trató de una competencia automovilística ilegal entre dos vehículos en las estrechas calles de la provincia de Cartago, que tuvo como resultado la muerte de tres personas a raíz de que uno de los vehículos fue sacado de trayectoria por el otro y atropelló a tres personas que se encontraban sentadas en la cuneta de la acera. No obstante, el criterio no ha sido sostenido posteriormente en otro caso.

⁴⁶ La delimitación del concepto de autor adquiere una relevancia garantista de indudable valor, como parece reconocerlo Castillo: no puede haber autor sin dominio del hecho, pues el *Täter* (autor) no puede ser separado de su *Tat* (acción) y, por ende, para que sea autor debe mantener un dominio del hecho *Tatherrschaft* (sobre la infracción). Por dicha razón, el juicio que puede hacerse de la autoría es evidentemente un juicio analítico (Zaffaroni), en el que la dominabilidad es esencialmente una herramienta para determinar dicho dominio. Cf. Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.^a ed., 2002, p. 508.

⁴⁷ Castillo, "Strafbare Mitwirkung...", o. cit., pp. 10-11.

⁴⁸ Jescheck y Weigend, o. cit., p. 386.

Ahora bien, los linderos y acotaciones expuestos podrían explicar una visión coherente con los principios garantistas a la hora del actuar delictivo de una organización terrorista y los ataques mediante actos de terror⁴⁹ que podrían ejecutar; sin embargo, la actividad de su financiamiento cuenta una historia eventualmente lúgubre, dado que es una incriminación separada con los problemas expuestos en la sección anterior. El papel de la conducta fácticamente considerada, tanto como el de la *conducta típica* como supuesto de hecho (la tipicidad penal), condiciona totalmente la estructura comisiva y, en consecuencia, la autoría y la participación; de tal suerte que, cuanto mayor sea la amplitud y la vaciedad de una construcción típica descrita en la legislación, mayor será la cantidad de conductas fácticas que queden abarcadas, vía interpretación, dentro de la tipicidad y, por ende, en condición de autor para quien las realice —no así otras formas de participación—. El papel de la conducta y de la acción descrita en las tipicidades es de vital importancia para entender la estructura comisiva y las posibilidades de autoría y participación.

4.2. En cuanto al papel de la conducta como conexión necesaria para una teoría de la autoría y de la participación

Castillo no considera indispensable partir de un determinado concepto de acción o de conducta para desarrollar una teoría de la autoría o de la participación, por cuanto su perspectiva descansa en la concepción de que la realización del tipo con dominio del hecho fundamenta la autoría, y que es la acción que está descrita en el tipo penal la que filtra que no vaya a ser cualquier contribución causal la que reciba el calificativo de *autoría*.⁵⁰ Así las cosas, según la concepción de nuestro autor no procede decir que una cierta teoría de la acción será la que determinará la concepción de la autoría que finalmente prevalecerá.

No obstante, la conducta, comportamiento o acción es el principal elemento de construcción de la teoría del delito, y es a partir de este concepto que podría incluso predeterminarse el grado de autoría y de participación de un determinado sujeto. Debe

⁴⁹ Sobre el concepto de terror en la sociedad y la relación del terrorismo con los actos de terror, consultar Hernán Montealegre Klenner, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, Santiago (Chile): Academia de Humanismo Cristiano, 1979, pp. 270-271.

⁵⁰ Castillo, "Strafbare Mitwirkung...", o. cit., 9.

observarse que es autor quien realiza la *acción típica* por sí o sirviéndose de otro u otros.⁵¹

El legislador ha ofrecido un proyecto de criminalización primaria en la parte especial del CP, donde ha descrito acciones de la vida de convivencia que si se realizan provocarán un alto grado de conflictividad social. Dichas acciones no existen por la observación que haga el legislador ni porque este las haya *creado*. Se trata de acciones que ya forman parte de la experiencia vital de las personas que integran la sociedad y desde allí proveen la información con la cual será posible entender no solo el comportamiento de los autores sino también el de aquellos que participan en el hecho ajeno.

Es por ello que la acción humana tiene un importante componente de explicación de los hechos abarcados en la interpretación jurídico-penal. Cuando un autor despliega una acción en la que habrá otros partícipes, se parte de la información que da la conducta descrita para saber qué habrá de realizarse. En otras palabras, será la conducta descrita la que definirá cuándo hay aportes relevantes al curso causal, cuándo habrá conocimiento del plan desplegado por el autor o los autores, y en qué consiste el plan común que los partícipes han conocido en todo o en parte.

No entro en la discusión, a todas luces más compleja, acerca de si hay diferencia entre el concepto de *acción* y el de *conducta*, o si el concepto de *comportamiento* describe mejor el emprendimiento causal de una acción descrita en el tipo penal, ya que esto es materia de otro debate. Solo sirva la aclaración para preparar el camino a una derivación de este debate hacia el tema de la libertad con la que deben contar el autor y el partícipe para ser conectados en un plan común.⁵²

Desde el punto de vista metodológico, el modelo de teoría del delito mediante el cual se evalúe la participación debe partir de ser un modelo de dominio del riesgo o acaso uno del dominio del hecho; no es admisible utilizar otro criterio porque no encontraría, en el hecho mismo a la luz del bien jurídico, la medida en que se determina la participación.⁵³

⁵¹ Coincidimos con Castillo que la autoría mediata es, entonces, una primera extensión del concepto de autor que hace el legislador tomando en cuenta la posibilidad de que alguien se aproveche del acto de otro para realizar su propio designio criminal. Cf. Castillo: *Autoría y participación...*, o. cit., p. 60.

⁵² Recojo aquí, en principio, los importantes aportes al debate que se derivan del análisis de Juárez Tavares en la puesta en común de observaciones y conclusiones de los estudios sobre autoría y participación de los países participantes, en el seminario celebrado en Colombia en el año 2010: *Conferencia Internacional. Los estrategias del crimen y sus instrumentos: El autor detrás del autor en el derecho penal latinoamericano*, Bogotá, 5 al 7 de octubre.

⁵³ Sobre el esfuerzo teórico de examinar la participación a partir de su *significado social* se rescata Günther Jakobs, "Beteiligung", en Dieter Dölling (ed.), *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim*

Aquí el dominio del hecho sigue teniendo un papel que cumplir en la determinación de la diferencia entre la autoría y la participación. No obstante, en aquellos casos en que el riesgo sea el punto central de la imputación, habría que seguir la diferenciación a partir del ataque de los bienes jurídicos representado por el aporte del partícipe. La cuestión del riesgo no permitido podría llenar algunas lagunas importantes proponiendo que el aporte del partícipe sea tamizado según si implica la creación de un riesgo no permitido para el bien jurídico penalmente tutelado, puesto que la banalidad del aporte de un partícipe debería descartar la imputación, dado que se volvería inidóneo en la medición del ataque al bien jurídico.

El problema que suscita en concreto el delito del financiamiento del terrorismo de la ley 8719 es el que surge en específico de la amplitud con que se redactó y construyó su decir, puesto que se diseñó como suerte de embudo para subsumir la mayor cantidad de situaciones fácticas, a través de sus términos vacíos, como lo son el verbo *facilitar* y, peor aún, la expresión “o de cualquiera otra forma cooperere”, donde *cooperar* es el verbo, pero su medio de comisión no se especifica y es dejado como partícula potencialmente peligrosa por la apertura interpretativa. El deslinde de cuándo se está ante un autor del delito y cuándo ante un partícipe secundario se diluye en la amplitud de los verbos y la ausencia de las formas comisivas, problemáticas que dejan potencialmente en calidad de autor a toda persona que cumpla con dos condiciones: a) ejerza, permita o intente ejercer una transmisión de bienes (propios o ajenos) y b) tenga un conocimiento cierto y probable de que esos bienes como destino tienen una organización terrorista o sirvan como insumo de un acto terrorista.

Sin mayor duda, esto nos hace pensar que la severidad de la construcción jurídico-penal del financiamiento del terrorismo resulta en una inversión en el plano comisivo que pone a los agentes en una especie de “posición de garante”⁵⁴ frente a las operaciones de financiamiento, puesto que el solo hecho de estar en conocimiento de que ciertos bienes serán destinados a una organización criminal de este tipo y no hacer nada al

Lampe zum 70. Geburtstag, Berlín: Duncker y Humblot, 2003, p. 568. Esfuerzo meramente teórico, puesto que el concepto de significado social ya tiene una fuerte sobrecarga de cuestiones no respondidas: ¿Quién debería fijar dicho significado social? ¿A partir de cuándo podría darse por sentado que dicho *significado* realmente es aprehendido por el tejido social? ¿Tendría que ver la cuestión del *significado social* con los problemas derivados de la función justificadora de tutela de la norma en el complejo sistema de comunicación social derivado del sistema penal?

⁵⁴ Inversión comisiva que encuentra coincidencia con una de las consecuencias controversiales de imputar según un criterio de *rol de buen ciudadano*; cada persona sería garante de la no comisión de los delitos por parte de los demás, como se deduce de la teoría de la imputación en Jakobs.

respecto podría ser típico del delito, por los verbos *facilitar* y *cooperar* (de cualquiera otra forma), debido a que su semántica, aunque sea una definición en negativo, refiere a no obstaculizar el curso causal de alguna situación, al solo hecho de permitir. Lo que se vuelve todavía más preocupante es que, como se incurriría en la conducta expresada por alguno de los verbos rectores del tipo, no se puede pensar en una figura de participación secundaria, sino en la realización en conjunto de la acción típica.

Se podría intentar un esfuerzo interpretativo para acotar y reducir la interpretación alarmante que se ha planteado en ficciones jurídicas como la “voluntad del legislador” o buscar la teleología que tenía el legislador a la hora de criminalizar el financiamiento, pero, como se mencionó en el desarrollo histórico de la figura, la línea político-criminal que ha atravesado el fenómeno del terrorismo ha sido una preventivista, eficientista, inexorable en el castigo y de total repudio al terrorismo. Se hace evidente la aseveración sostenida a lo largo del presente, en cuanto a que el combate contra el terrorismo somete a un particular estrés los principios y bases de un Estado democrático de derecho, nacido en la doctrina liberal, y el respeto del individuo y sus derechos ante la pretensión punitiva en su contra.

4.3. Delitos en los que el cuerpo actuante es un grupo

En la doctrina actual ocupa un lugar importante la discusión sobre la *organización* o el *grupo* como un cuerpo actuante.⁵⁵ Esto significa que las personas que integran dichos colectivos carecen de importancia a la hora de la verificación del hecho punible, y ese papel se traslada a la organización misma. Se habla, por ejemplo, de delitos de “organización” que involucran un proceso de comparación de los delitos individuales cometidos por estas organizaciones y se les imputa una autoría a partir del dominio de la organización.⁵⁶ Castillo responde, para el caso de Costa Rica, que el legislador patrio ha preferido hablar de delitos de participación necesaria para abarcar los casos en los cuales una abstracción forzada llevaría a pensar más bien en un *cuerpo actuante*.

Las recientes reformas legislativas para castigar la *delincuencia organizada* han llevado a un modelo en el que se prefiere entender estos delitos a partir de la participación

⁵⁵ Cf. Natalia Eroshkina, *Die organisationsbezogene Beteiligung im Strafrecht. Das tatbestandsmäßige Verhalten der Organisationsdelikte und das Phänomen der Terrorismusfinanzierung*, Berlín: Duncker & Humblot, 2012, pp. 21-22.

⁵⁶ Así LK/Schünemann, § 14 Rn. 30, Vor § 25, Rn. 16, § 25 Rn. 187, citado por Eroshkina, o. cit., p. 22.

de una cantidad específica de individuos en la producción del hecho punible. Ya antes de esta reforma existía la figura de la *asociación ilícita*, que permite punir la organización para cometer hechos punibles, pero a partir de la participación necesaria de dos o más personas.

Es por lo anterior que la solución a los problemas de criminalidad de grupos u organizaciones cae dentro de las constelaciones de casos resueltos en la parte especial como delitos de organización y de asociación ilícita, y son resueltos de manera mucho más satisfactoria que a través de la autoría mediata por dominio de aparatos de poder.

Como se mencionó en la sección 4.1, el concepto restrictivo de autor que admite la legislación costarricense vigente tiene como eje de la ampliación de la categoría de autor la verificación de un plan común y del actuar doloso conforme a dicho plan; por ello el dominio del hecho así entendido desplaza la posibilidad de formas de imputación personal en virtud de una organización criminal o las desventajas de una figura nacida de las necesidades bélicas, como es el caso de la imputación por dominio de aparatos de poder. La forma de imputación por pertenencia a una organización es habilitada en Costa Rica cuando así lo admite la descripción en la tipicidad, como ocurre en el delito de *asociación ilícita* como delito de peligro abstracto de mera actividad. Las reglas generales de autoría y participación son aplicadas a las tipicidades sin excepción, y se demostró que la legislación vigente se agota en la utilización del dominio del hecho y el cuidadoso examen del plan común.

5. Conclusiones

1. El “combate” contra el terrorismo y su financiamiento se ha visto permeado por una línea político-criminal severa promovida internacionalmente. Esta visión combativa se imprime en las legislaciones nacionales sometiendo a una carga de estrés a los principios tradicionales de un Estado democrático de derecho de corte liberal, debido al ánimo de repudio y condena total de cualquier apología del terrorismo.

2. La construcción jurídico-penal del delito de financiamiento del terrorismo en Costa Rica está impregnada de elementos incorporados en los instrumentos internacionales. Esta herencia del derecho internacional en el derecho costarricense poco favorece a una construcción típica respetuosa de las exigencias constitucionales de un principio de legalidad criminal bajo su modalidad de *lex certa*.

3. La amplitud de punibilidad en la estructura típica del delito de financiamiento terrorismo, producida por el exceso de verbos rectores vacíos y la ausencia de precisión de medios de comisión, dificulta o, mejor dicho, imposibilita la aplicación de una correcta teoría de la autoría y la participación, puesto que esta tiene un vínculo necesario con la acción en sentido fáctico y la conducta típica como supuesto de hecho. De tal suerte que esta estructura típica funcionaría, vía interpretación, como una especie de embudo que captaría la mayor cantidad de supuestos posibles para establecerlos como autoría por la realización de verbos vacíos.

4. La actual situación legislativa costarricense, ocurrida a partir de los movimientos internacionales de combate al terrorismo, ha traído a la práctica judicial arduos temas de determinación de los supuestos de autoría y participación y ofrece dificultades enormes para deslindar los ya difíciles límites entre ambas categorías, aun empleando las tradicionales herramientas de la teoría del domino del hecho, tan en boga en la jurisprudencia regional. Con ello se desplazan las posibilidades y enfoques “modernos” derivados de las formas de la imputación personal por pertenencia a una organización o por dominio de un aparato de poder.

Bibliografía

- ANINAT, Eduardo, Daniel HARDY y Barry JOHNSTON, “Contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.”, en *Finanzas y Desarrollo*, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2002/09/pdf/aninat.pdf> (25.6.2014).
- BAIGÚN, David (coord.), *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.
- BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Fráncfort: Suhrkamp, 1986.
- BENÍTEZ, Ignacio, *La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995*, Madrid: Dykinson, 2007.
- CALVERT, Peter, “El terror en la teoría de la Revolución”, en Noel O’SULLIVAN, *Terrorismo, ideología y revolución*, Madrid: Alianza, 1987.
- CASTILLO, FRANCISCO, *Autoría y participación en el derecho penal*, San José (Costa Rica): Jurídica Continental, 2006.
- *Causalidad e imputación del resultado*, San José (Costa Rica): Juritexto, 2003.
- *Derecho penal: Parte general*, tomo I, San José (Costa Rica): Jurídica Continental, 2008.
- “Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken in Costa Rica - Eine rechtsvergleichende Analyse”, informe nacional presentado al proyecto

- de investigación internacional coordinado por el Prof. Dr. Ulrich Sieber, el Dr. Hans-Georg Koch y el Dr. Jan Simon. Friburgo de Brisgovia: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 2010, pendiente de publicación en la obra colectiva.
- CHINCHILLA, Rosaura, *Principio de legalidad, ¿muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en Costa Rica?*, San José (Costa Rica): Investigaciones Jurídicas, 2010.
- CHINCHILLA, Carlos, *La autoría en el derecho penal costarricense*, San José (Costa Rica): Investigaciones Jurídicas, 1999.
- DEL CAMPO, Salustiano (dir.), *Terrorismo internacional*, Madrid: Instituto de Cuestiones Internacionales, 1984.
- DEL BARRIO, Álvaro, y José LEÓN, *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*, Santiago (Chile): Programa de Derechos Humanos AHC, 1990.
- DONNA, Edgardo, *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2.^a ed., 2002.
- EL QORCHI, Mohammed, Samuel MUNZELE y John WILSON, “Informal Funds Transfer Systems. An Analysis of the Informal Hawala System”, en *International Monetary Fund*, Washington D. C., <<http://www.imf.org/external/pubs/nft/op/222/>> (14.8.2014).
- EROSHKINA, Natalia, *Die organisationsbezogene Beteiligung im Strafrecht. Das tatbestandsmäßige Verhalten der Organisationsdelikte und das Phänomen der Terrorismusfinanzierung*, Berlín: Duncker & Humblot, 2012.
- FERNÁNDEZ MONZÓN, Manuel, “Prensa, opinión pública y terrorismo”, en Salustiano DEL CAMPO (dir.), *Terrorismo internacional*, Madrid: Instituto de Cuestiones Internacionales, 1984, pp. 65-80.
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE, *IX special recommendations against financing of terrorism*. París, 2010, <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/FATF%20Standards%20-%20IX%20Special%20Recommendations%20and%20IN%20rc.pdf>> (15.7.2014).
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Guía de referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo*, Washington D. C., 2003.
- FRÖBA, Christian, *Die Reichweite des 129a StGB bei der Bekämpfung des transnationalen islamistischen Terrorismus*, Fráncfort: Peter Lang, 2009.
- GARCÍA, Ramón, *Prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo*. México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.
- GÓMEZ, Víctor, “Sobre el fundamento material de los delitos especiales”, en Edgardo DONNA (dir.): *Autoría y participación*, Santa Fe (Argentina): Rubinzal Culzoni, 2006.
- GÖRG, Sabine, *Geldwäschebezogene Terrorismusbekämpfung. Praktische Wirkung und kriminalpolitische Angemessenheit der Bekämpfungsmaßnahmen*, Fráncfort: Peter Lang, 2010.
- HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, n.º 1, Madrid, 1991, pp. 2336.

- HIRSCH, Hans J., “Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y procesal penal en la Unión Europea”, en David BAIGÚN (coord.), *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, pp. 649-662
- JAKOBS, Günther, “Beteiligung”, en Dieter DÖLLING (ed.), *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlín: Duncker y Humblot, 2003.
- *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 2.ª ed., 1997.
- “Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht”, en *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlín: Duncker & Humblot, 2003.
- JAKOBS, Günther, y Manuel CINCIÓ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal: Parte general*, Granada: Comares, 4.ª ed., 1993.
- LLOBET, Javier, y Alfredo CHIRINO, *Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada: problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal eficiente*, San José (Costa Rica): Areté, 2000.
- MÁRQUEZ, Álvaro, “La autoría mediata. Autor detrás del autor en organizaciones criminales: narcotráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas”, *Diálogos de Saberes*, n.º 23, Bogotá, 2006, pp. 1934.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal: Parte general*, Barcelona: Reppetor, 6.ª ed., 2002.
- MIRÓ, Fernando, “Democracias en crisis y derecho penal del enemigo”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 87, Madrid, 2005, pp. 185-229.
- MONTEALEGRE KLENNER, Hernán, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, Santiago (Chile): Academia de Humanismo Cristiano, 1979.
- MUÑOZ, Francisco, y Mercedes GARCÍA, *Derecho penal: Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 5.ª ed., 2002.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Guía legislativa del régimen jurídico universal contra el terrorismo*, Nueva York: UNODC, 2008.
- *Prevención de los actos terroristas: estrategia de justicia penal que incorpora las normas del Estado de derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo*, Nueva York: UNODC, 2006.
- PAVARINI, Massimo, “Para una crítica de la ideología penal”, en *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1027-1054.
- POLAINO, Miguel, “Apología y encubrimiento del terrorismo”, en Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI (coord.), *La criminalidad organizada ante la Justicia*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996, pp. 3652.
- REINARES, Fernando, “Características y formas del terrorismo político en las sociedades industriales avanzadas”, *Revista Internacional de Sociología*, n.º 5, Córdoba (España), 1993, pp. 3567.

- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 7.ª ed., 2000.
- “La autoría mediata por dominio en la organización”, en Edgardo DONNA (dir.), *Autoría y participación*, tomo II, Santa Fe (Argentina): Rubinzal Culzoni, 2006.
- *Derecho penal: Parte general*, tomo 1, Madrid: Civitas, 2.ª ed., 1997.
- SILVA, Jesús: *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 2.ª ed., 2001.
- SORROZA, Alicia, “La seguridad interior de la UE: diez años después del 11-S”, *Revista ARI*, n.º 127, Madrid, 2011, <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari127-2011> (22.7.2014).
- TANZI, Vito, *Money Laundering and the International Finance System*, Washington D. C.: Fondo Monetario Internacional, Working Papers 96/55, 1996.
- TIEDEMANN, Klaus, “La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, n.º 7, Buenos Aires, 1997.
- TONDINI, Bruno, “El financiamiento del terrorismo y el crimen organizado: la actualidad de ambas problemáticas, normas internacionales y argentinas aplicables”, Buenos Aires: Centro Argentino de Estudios Internacionales, Working Papers 72, <<http://www.caei.com.ar/sites/default/files/72.pdf>> (18.7.2014).
- TORRES, Henry, “El concepto de terrorismo, su inexistencia o inoperancia: la apertura a la violación de los derechos humanos”, *Diálogos de Saberes*, n.º 32, Bogotá, 2010, pp. 7790.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE SAN JOSÉ, Voto 00247-2009 de las 14 h del 5 de marzo de 2009.
- Voto 01054-2007 de las 11:35 h del 20 de septiembre de 2007.
- VILLEGAS, Myrna, “Convención Interamericana contra el Terrorismo: entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos”, *Revista de Derecho y Humanidades*, n.º 9, Santiago (Chile), 2002-2003, pp. 175201.
- “Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal”, *Revista Política Criminal*, n.º 2, Santiago (Chile), 2006, pp. 131.
- WALTER, Michael, “Die Terrorismus-Bekämpfung in der Perspektive des Labeling-Ansatzes”, *Humboldt Forum Recht (HFR)*, n.º 15/2008, pp. 158 ss., <<http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=189>> (25.9.2014).
- ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2002.
- ZÚÑIGA, Laura, “Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de ‘participación en organización criminal’”, en Laura ZÚÑIGA y Diego DÍAZ (coords.), *El derecho penal ante la globalización*, Madrid: Colex, 2002, pp. 5171.

DELINCUENCIA ORGANIZADA Y TERRORISMO EN MÉXICO

Javier Dondé Matute

RESUMEN. En este artículo se trata de evidenciar, desde la sociología jurídica, que los niveles de violencia en México podrían catalogarse como conductas de terrorismo, pero que el Estado ha ignorado la posibilidad de investigar y procesar a través de dos formas: por un lado, la opción por investigar y perseguir delitos a través de tipos penales distintos del terrorismo y, por otro, la franca impunidad de estas acciones.

Palabras clave: narcotráfico, terrorismo, delincuencia organizada, seguridad nacional, ejecuciones, impunidad.

ABSTRACT. This article seeks to show, from the perspective of legal sociology, that the levels of violence in Mexico could be classified as terrorism, but that the State has ignored the possibility of investigating and prosecuting these acts. It has done so in two ways: on the one hand, by investigating and prosecuting these crimes through the use of legal definitions other than terrorism and, on the other hand, by allowing the impunity of these acts.

Keywords: drug trafficking, terrorism, organized crime, national security, executions, impunity.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag versucht aus rechtssoziologischer Perspektive zu belegen, dass die Gewalt in Mexiko in ihrem derzeitigen Ausmaß als Terrorismus eingestuft werden kann, dass der Staat jedoch bisher zwei Optionen zur Ermittlung und Strafverfolgung ignoriert hat: einerseits, die Möglichkeit zur Ermittlung und Strafverfolgung auf der Grundlage von nicht-terroristischen Tatbeständen, und andererseits die direkte Straffreiheit solcher Handlungen.

Schlagwörter: Drogenhandel, Terrorismus, organisiertes Verbrechen, nationale Sicherheit, Hinrichtungen, Straflosigkeit.

1. Introducción

El tema de la violencia extrema en México, que inició con la militarización del combate a la delincuencia organizada al comienzo del sexenio del presidente Felipe Calderón Hinojosa, ha sido ampliamente documentado. La mayor parte de los estudios destacan el número de muertes durante este periodo; en otras palabras, se enfocan en una discusión cuantitativa. Sin embargo, abordar estos acontecimientos desde la óptica del terrorismo abre la posibilidad de realizar un análisis cualitativo.

Ciertamente, un estudio de estas características se centrará en temas de sociología jurídica. En particular, se tratará de evidenciar que los niveles de violencia en México podrían catalogarse como conductas de terroristas, pues comparten los elementos que la doctrina y la legislación reconocen como propios del terrorismo, como una alternativa a la existencia de un conflicto armado que propone un sector de la doctrina. La importancia de dicha omisión es análoga a lo que ocurre cuando un acto de tortura se procesa como lesiones o un genocidio como homicidio: se oculta una realidad subyacente que los delitos nacionales no alcanzan a abarcar.

Para lograr estos objetivos, el trabajo comenzará con algunas precisiones terminológicas. Se buscará establecer cuáles son los rasgos particulares del terrorismo según la doctrina, principalmente, para distinguirlo de otros actos de violencia en contra de las personas y las cosas.

En la segunda sección, se precisará el marco jurídico del terrorismo en México. Dada la amplia gama de tipos penales que podrían incluirse, se analizará únicamente el Código Penal Federal y los de algunas entidades federativas con mayores índices de violencia. En particular, se buscará destacar los rasgos particulares del terrorismo, de conformidad con la legislación, distinguiéndolo de otros delitos en los que se ejerce igualmente violencia sobre las personas o las cosas.

Es importante notar que no se busca realizar un estudio de los tipos penales de terrorismo, pues el objetivo no es determinar si este delito se encuentra debidamente regulado en México. Consecuentemente, no se incluirá un estudio dogmático de los tipos penales, ni se abordarán temas como problemas de legalidad penal o culpabilidad o el análisis del bien jurídico tutelado. Más bien, lo que se busca es establecer que con las herramientas normativas existentes es posible hablar de terrorismo. En otras palabras, el hecho de que no se mencione la posibilidad de que la delincuencia organizada cometa actos de terrorismo no se debe a un vacío legal.

De esta forma se podrá precisar si en México se pueden identificar los rasgos distintivos del terrorismo, a fin de que se pueda contextualizar los actos de violencia cometidos por la delincuencia organizada como terroristas. Desde luego, para llegar a alguna conclusión se tendrán que recoger los aspectos doctrinales de la sección anterior.

En la tercera sección se analizarán los estudios estadísticos que han dado cuenta de la violencia en México, contrastándolos con los procesos realizados por terrorismo en los últimos años en el ámbito federal y en algunas de las entidades federativas con mayor incidencia de estos actos. Lo que se buscará comprobar es que en México no existe una correlación entre la cantidad de homicidios y hechos violentos y el número de investigaciones, procesos y sentencias por terrorismo. Dicho de otra manera, se demostrará que, en contraste con los grados tan elevados de violencia que existen en el país, los casos de terrorismo son notablemente bajos o simplemente no se registran.

El argumento anterior se reforzará analizando casos emblemáticos. Los que se describirán en esta cuarta sección son solamente una muestra, que se considera que ilustra perfectamente cómo eventos que claramente pudieron haber sido investigados como terrorismo fueron procesados por otros delitos o simplemente quedaron en la impunidad.

Con todos estos elementos se comprobará que en México hay casos de terrorismo cometidos por la delincuencia organizada, pero que no se procesan como tales o simplemente no se procesan, lo que genera impunidad.

2. Precisiones conceptuales

2.1. La doctrina sobre la violencia en México y su nexa con el terrorismo

Es común que al hablar de hechos de violencia cometidos por la delincuencia organizada se hable de *narcoterrorismo*, por lo que este sería el concepto más cercano al fenómeno que se busca describir en este estudio. Las precisiones conceptuales empezarán por este término, por lo que es importante fijar sus alcances. La doctrina parece coincidir en atribuir los orígenes del término al presidente peruano Fernando Belaunde Terry para referirse a los ataques de grupos de la delincuencia organizada a la policía.¹ Otros estudios

¹ Véase John Holmberg, *Narcoterrorism*, Fairfax: George Mason University, Terrorism, Transnational Crime and Corruption Center, PUBP 710, 11 de mayo de 2009, <http://traccc.gmu.edu/pdfs/student_research/HolmbergNarcoterrorism.pdf> (18.11.2014), p. 2.

le atribuyen al término el sentido opuesto, es decir, por *narcoterrorismo* puede hacerse referencia a la incursión de grupos terroristas en el mercado ilícito de narcotráfico para financiar sus actividades.²

Sin embargo, la cuestión no parece ser tan sencilla, pues hablar de terrorismo en sí implica ya ciertas complicaciones, las cuales se exacerban cuando se les atribuyen estas acciones a los miembros de la delincuencia organizada, como hace suponer el término *narcoterrorismo*, aunque hay coincidencia en que lo que los actos de violencia buscan es infundir temor en la población o coaccionar a los gobiernos para que hagan o dejen de hacer alguna conducta. Lo que resulta cuestionable es la necesidad de que estas acciones tengan un componente ideológico.³

Según los estudios que se han realizado con respecto al terrorismo en México,⁴ la delincuencia organizada no tiene un fin ideológico ni busca coaccionar al gobierno; lo que busca es proteger el negocio.⁵ Por eso los actos de violencia han sido clasificados por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos como *intracartel*, *intercartel* y *contra el gobierno*.⁶

La violencia *intracartel* tiene el objetivo de mantener la disciplina de los subordinados mediante la intimidación. Por su parte, en el supuesto de la violencia *intercartel* el objetivo es proteger las zonas de influencia, como las rutas de transporte y los puntos de cruce a los Estados Unidos de la competencia.⁷

² Ibídem; véanse también Sylvia y John P. Longmire, "Redefining terrorism: Why Mexican drug trafficking is more than just organized crime", *Journal of Strategic Security*, vol. 1, n.º 1, 2008, p. 28 (donde se afirma que hay un vínculo entre la delincuencia organizada en México y Hezbollah); David A. Haupt: "Narco-terrorism: An increasing threat to U.S. national security", en *Joint Forces Staff College, Joint Advanced Warfighting School*, 2009, <www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA530126> (18.11.2014), pp. 30, 40 (donde se señala que hay un vínculo entre la delincuencia organizada en México y Al-Qaeda).

³ Véanse Antonio Cassese, "The multifaceted criminal notion of Terrorism in International Law", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n.º 5, 2006, pp. 933-958, y Longmire y Longmire, o. cit., pp. 38, 47-48 (la delincuencia organizada no tiene una ideología).

⁴ Cabe mencionar que el fenómeno de la violencia en México y el narcoterrorismo ha sido estudiado en el extranjero. Para este trabajo no se encontró estudio mexicano alguno que dé cuenta de este vínculo.

⁵ En este trabajo se referirá con el término *negocio* a cualquier actividad lucrativa que comete la delincuencia organizada en México.

⁶ Véase Anthony P. Placido y Kevin L. Perkins, *Drug trafficking violence in Mexico: Implications for the United States*, Washington D.C.: U.S. Senate Caucus on International Narcotics Control, Department of Justice, 2010, p. 4. Véase también Longmire y Longmire: o. cit., p. 41.

⁷ Véase Kirk J. Durbin, "International narco-terrorism and non-state actors: The drug cartel global threat", *Global Security Studies*, vol. 4, n.º 1, 2013, pp. 20-23 (donde se describe cómo Los Zetas usan la violencia para intimidar al Cartel de Sinaloa, mientras que este ha preferido usar la corrupción para lograr sus fines).

Además, se busca intimidar al gobierno y a la población civil para que no interfieran con el negocio (así, por ejemplo, las personas seguirán pagando *derecho de piso* o se las inhibe para denunciar las actividades delictivas a las autoridades). Consecuentemente, lo que se busca es causar temor en la población o a las autoridades para continuar realizando sus actividades.

Esto se ejemplificará más adelante, pero si tomamos en consideración el tipo de violencia que ejerce la delincuencia organizada en México, está claro que la forma de llevarla a cabo tiene esa finalidad. No se trata de delitos comunes, sino de que la forma en que se llevan a cabo busca crear terror.⁸ Se trata de ejecuciones, decapitaciones, secuestros con tortura, además de que se emplean armas de alto calibre.⁹ En otras palabras, es el tipo de violencia que se usa la que permite hablar de terrorismo.¹⁰

Sin embargo, ninguna de las definiciones tradicionales de narcoterrorismo describe adecuadamente el fenómeno de violencia que se vive en México, pues faltarían varios componentes.¹¹ Las definiciones tradicionales no toman en consideración la violencia *intracartel e intercartel*, ni el objetivo de generar terror en las autoridades y en la población con el propósito de proteger el negocio del narcotráfico o de las extorsiones.¹²

No obstante, si se toma como denominador común de todos los estudios sobre terrorismo y narcoterrorismo el hecho de que los actos de violencia generan terror en la población (sin distinguir por qué se busca generar dicho temor) o se pretende coaccionar al gobierno (en el caso mexicano, para que no realice actividades que afecten el negocio), entonces se puede adelantar una definición de terrorismo, por lo menos para el caso mexicano, es decir, el perpetrado por la delincuencia organizada. Se puede decir que se trata de actos de violencia de alto impacto (homicidios, secuestros, extorsiones, tortura, etc.) perpetrados por miembros de la delincuencia organizada que buscan

⁸ Véase Longmire y Longmire, o. cit., pp. 42-46 (donde al describir las tácticas de la delincuencia organizada como propias del terrorismo se usa el término *fear-mongering*).

⁹ *Ibidem*, pp. 36-37 (los recursos casi ilimitados del narcotráfico permiten que la delincuencia organizada cuente con entrenamiento y armas de fuego superiores a las de las fuerzas de seguridad en México y en Estados Unidos).

¹⁰ Véase Placido y Perkins, o. cit., p. 4; véase también Binneh S. Minteh, *Narco-terrorism - A risk assessment of global terrorist linkages to the international drug trade*, Newark: Rutgers University, 2013, <www.academia.edu/3425556/Narco-Terrorism_A_Risk_Assesment_of_Global_Terrorist_Linkages_to_the_International_Drug_Trade> (18.11.2014), p. 6. (Señalando que este tipo de violencia es una similitud entre la delincuencia organizada y los grupos terroristas).

¹¹ Véase Longmire y Longmire, o. cit., p. 36.

¹² Véase Minteh, o. cit., p. 2 (este reporte del Congreso de los Estados Unidos señala que hay formas de violencia que ejerce la delincuencia organizada que no son del todo tradicionales y que no estarían contempladas dentro del concepto propuesto, como la que se ejerce contra los periodistas).

generar terror entre los miembros de las propias organizaciones (propias o diversas) y en la población civil, o con el objetivo de coaccionar al gobierno en la defensa de sus negocios ilícitos.

Cabe aclarar que el narcoterrorismo en México no tiene ideología alguna, social ni política; solo busca mantener el negocio y ganar espacios a la competencia. Excluir este elemento parece válido ante la falta de consenso en la doctrina sobre la necesidad de incluirlo.

2.2. Marco jurídico-conceptual del terrorismo y la delincuencia organizada en México

En esta sección se expondrán los distintos tipos penales de terrorismo que se tienen en México. Se incluirán los correspondientes al Código Penal Federal y a algunas entidades federativas que se perciben como las más violentas. El objetivo será determinar cuáles son los elementos esenciales del terrorismo, en contraste con otros delitos. No se pretende hacer un estudio exhaustivo, sino solamente destacar la esencia de los tipos penales para poder determinar si los actos de violencia de la delincuencia organizada podrían encuadrar en estas descripciones típicas.¹³

El 28 de junio de 2007 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* una serie de reformas al Código Penal Federal y otras disposiciones federales, con la intención de incorporar la tipificación de diversas conductas contempladas en tratados internacionales en materia de terrorismo. La idea del legislador era que con estas modificaciones las obligaciones internacionales en esta materia se armonizarían con la legislación penal nacional.¹⁴

En efecto, de la exposición de motivos se desprende que la intención fue incorporar las definiciones previstas en los doce tratados en materia de terrorismo patrocinados por las Naciones Unidas y la Convención Interamericana contra el Terrorismo.¹⁵

¹³ Para un estudio sobre el delito de terrorismo en el ámbito federal véase Javier Dondé Matute, *Política criminal y derecho internacional*, México: INACIPE, 2014, pp. 92-99.

¹⁴ Véase Cámara de Senadores, Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversos artículos del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en materia de Terrorismo (este fue el sentir de los legisladores que presentaron las iniciativas de ley y de los que participaron en el proceso legislativo).

¹⁵ Ídem.

El artículo 139¹⁶ ya se refería al terrorismo nacional; sin embargo, en la reforma se agregó la frase “material radioactivo” y en las finalidades se añadió que los actos pudieran “atentar contra la seguridad nacional”. Dicha inclusión en la definición fue motivada por el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear.

Lo mismo se puede decir del tipo penal de terrorismo internacional incorporado en el artículo 148 *bis*.¹⁷ Así, la única diferencia entre ambos tipos penales es que en el último los actos terroristas están dirigidos a objetivos extranjeros o internacionales, por lo que se pueden analizar conjuntamente.

Quien cometa un acto terrorista deberá perseguir cualquiera de los siguientes fines:

1. producir alarma, temor o terror en la población, ya sea en su totalidad o en una parte de ella;
2. lesionar la seguridad nacional o a alguna autoridad extranjera, o
3. presionar a la autoridad nacional, extranjera o internacional para que tome una determinación.

Como se puede observar, los objetivos que exige el tipo penal de terrorismo (nacional o internacional) coinciden con los que ha manejado la doctrina. Resulta especialmente importante destacar que tanto la doctrina como la legislación excluyen la motivación ideológica, sobre todo cuando se trata de describir lo ocurrido en México.

El artículo 5.º de la Ley de Seguridad Nacional¹⁸ le da contenido al concepto de *seguridad nacional* que se emplea en el Código Penal Federal. Si bien no se menciona expresamente la delincuencia organizada como una actividad que menoscabe la seguridad

¹⁶ “Se impondrá pena de prisión de seis a cuarenta años y hasta mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios públicos, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad para que tome una determinación.”

¹⁷ “A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice en territorio mexicano, actos en contra de bienes o personas de un Estado extranjero, o de cualquier organismo u organización internacionales, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para tratar de menoscabar la autoridad de ese estado extranjero, u obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación.”

¹⁸ “Para los efectos de la presente Ley, son amenazas a la Seguridad Nacional: I. Actos tendentes a consumir espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria, genocidio, en contra de los Estados Unidos Mexicanos dentro del territorio nacional; [...]; III. Actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada; V. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada; [...].”

nacional, impedir que se la combata sí lo es. De tal manera que, desde una perspectiva estrictamente legal, no es un tema de seguridad nacional la delincuencia organizada, pero sí el combate a esta. Aunque parezca una incongruencia del legislador, para efectos del presente estudio ello permite llegar a la conclusión de que las conductas violentas atribuibles a la delincuencia organizada que tienen como efecto generar impunidad constituyen ataques a la seguridad nacional. En otras palabras, cuando la violencia tiene como finalidad intimidar para que las actividades ilícitas prosperen, se podría argumentar que se está frente a un atentado contra la seguridad nacional, según la legislación vigente.

En estricto sentido, el narcotráfico, como un aspecto de la delincuencia organizada, no es un tema de seguridad nacional, y solamente sería considerado así cuando sus integrantes busquen impedir la investigación de sus actividades. Sin embargo, esta postura parece artificial, pues la intención de mencionar a la delincuencia organizada en la Ley de Seguridad Nacional es considerar esta actividad delictiva como una amenaza a la seguridad nacional. Pero, como se mencionaba, si en estricto sentido no se puede argumentar que la delincuencia organizada sea una amenaza a la seguridad nacional, por lo menos los actos de violencia destinados a impedir que se lleven a cabo investigaciones y procesos en contra de sus integrantes entran en la definición legal.

Cabe notar que este marco jurídico es similar al establecido por la Organización de Estados Americanos, que en la *Declaración de seguridad de las Américas* señala que el terrorismo, la delincuencia organizada transnacional y el “problema mundial de drogas” son nuevas amenazas a la seguridad nacional de los Estados del continente. Consecuentemente, lesionan los mismos bienes jurídicos y deben combatirse con las mismas estrategias, como el financiamiento.¹⁹

Continuando con el marco jurídico, es importante destacar que tanto el terrorismo (nacional e internacional) como el narcotráfico forman parte del delito autónomo de delincuencia organizada, de conformidad con el artículo 2.º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.²⁰

¹⁹ Véase OEA, *Declaración sobre seguridad en las Américas*, OEA/Ser.K/XXXVIII, CES/dec.1/03 rev. 1, 28 de octubre de 2003, punto m.

²⁰ “Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

“1. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; [...]”.

Además del aumento considerable en las penas aplicables, al incluirse el terrorismo entre las conductas que pueden ser cometidas como parte de la delincuencia organizada existen mecanismos de investigación que solamente se pueden emplear para el combate de este delito. En particular, destaca la posibilidad de que el juez dicte el arraigo por cuarenta días,²¹ la intervención de comunicaciones,²² beneficios por la colaboración en las investigaciones²³ y reclusión en centros de alta seguridad,²⁴ entre otras.

En un esfuerzo por ser exhaustivo, se debe pasar a la postura del Poder Judicial de la Federación en sus tesis jurisprudenciales. Sin embargo, no hay muchos pronunciamientos al respecto. Por otro lado, la Primera Sala de la Suprema Corte ha identificado a la seguridad nacional como uno de los bienes jurídicos que protege el delito de tráfico de indocumentados,²⁵ conducta vinculada a la delincuencia organizada, pero no hay referencias análogas al narcotráfico. De forma similar, un tribunal colegiado de circuito ha justificado la competencia extraordinaria de los jueces de distrito adscritos a las prisiones de máxima seguridad por razones de delincuencia organizada como un tema de seguridad nacional.²⁶ Lamentablemente, no se pueden extraer mayores conclusiones con respecto a la postura del Poder Judicial de la Federación. Estas tesis son aisladas y versan sobre temas muy concretos, como el tráfico de indocumentados y las prisiones de máxima seguridad. No se tiene pronunciamiento alguno sobre los actos de violencia como posibles actos de terrorismo.

La legislación de los estados, en particular aquellos que más han sufrido la violencia de la delincuencia organizada —como Chihuahua, Guerrero, Michoacán, Nuevo León, Sinaloa y Tamaulipas—, replica el tipo penal de terrorismo en el ámbito federal. Los objetivos son los mismos; solamente se sustituye el interés nacional o internacional por el de la entidad federativa.²⁷

²¹ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, artículo 12.

²² *Ibidem*, artículos 16 ss.

²³ *Ibidem*, artículo 35.

²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 18, § 8.

²⁵ Véase Primera Sala, 10.ª época, registro 2000687. Tráfico de indocumentados. El artículo 138, párrafo primero, de la Ley General de Población, vigente hasta el 25 de mayo de 2011, que prevé la pena privativa de libertad para dicho delito, no viola la garantía de proporcionalidad de las penas.

²⁶ Véase Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, Registro 167013. Competencia territorial de excepción. La prohibición de invocar la declinatoria prevista en el párrafo cuarto del artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales sólo es aplicable a los jueces de distrito que ejercen jurisdicción en un centro de reclusión de máxima seguridad.

²⁷ Véanse Código Penal de Guerrero, artículo 234, y Código Penal de Sinaloa, artículo 291.

En el caso de Chihuahua, por ejemplo, no existe el tipo penal de terrorismo. Lo que más se le aproxima es el artículo 346 del Código Penal del Estado de Chihuahua,²⁸ que tipifica el delito de ataques contra la paz pública, cuya redacción es muy similar a la del terrorismo en el Código Penal Federal, pero notoriamente se excluye el causar terror en la población.

Por su parte, en Tamaulipas no existe un tipo penal de terrorismo ni se contempla una figura lo suficientemente similar como en el ejemplo anterior. Caso opuesto es el de Michoacán, donde se prevé el terrorismo, pero se contempla como objetivo único el causar terror o alterar el orden público;²⁹ lo tipifica el Código Penal del Estado de Nuevo León en su artículo 164.³⁰

Para determinar si los actos de violencia de la delincuencia organizada pueden constituir actos terroristas de conformidad con la legislación penal mexicana, es indispensable analizar los objetivos que se persiguen. Así, los tipos penales de terrorismo en los estados normalmente replican los tres establecidos en la legislación federal o una combinación de estos. Notablemente, no es necesario que exista una motivación ideológica o política como defiende un sector de la doctrina. Aunque pudiera alegarse que esto es una laguna, ningún tratado internacional del que México sea parte establece que el terrorismo debe tener una motivación.³¹ Lo que resulta determinante es que los actos de violencia tengan una de las tres finalidades antes apuntadas: generar temor en la población, lesionar la seguridad nacional o a alguna autoridad extranjera, o coaccionar al gobierno para que haga o deje de hacer algo.

²⁸ “Se le impondrán de cinco a treinta años de prisión y suspensión de derechos políticos hasta por diez años, al que mediante la utilización de sustancias tóxicas, por incendio, inundación o realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios públicos, que perturben la paz pública o menoscaben la autoridad del Gobierno del Estado, o presionen a la autoridad para que tome una determinación.”

²⁹ Véase el artículo 158 del Código Penal de Michoacán: “A los que individual o en forma colectiva ejecuten actos sucesivos de violencia en las personas o en las cosas, tendientes a producir en la sociedad el terror o con el objeto de alterar el orden público, utilizando artefactos explosivos o medios similares o por incendio o inundación, se les aplicará prisión de tres a ocho años.”

³⁰ “Comete el delito de terrorismo, quien utilizando explosivos, sustancias tóxicas o bacteriológicas, cualquier tipo de armas, por incendio o inundación, realice actos que produzcan alarma, temor, terror, en la población, en un grupo o sector de ella.

“A quienes cometan este delito, se les impondrán de seis a treinta años de prisión y multa de veinte a seiscientas cuotas, con independencia de la aplicación de las penas que pudieran corresponder por la comisión de otros delitos.”

³¹ Por ejemplo, la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando Estos Tengan Trascendencia Internacional, en su artículo 2, expresamente excluye un móvil. Para un estudio más amplio del terrorismo en el derecho internacional véase el trabajo de Elizabeth Santalla en este libro.

Para efectos del presente estudio, esto facilitaría la conclusión de que los actos de violencia cometidos por la delincuencia organizada pueden encuadrar como actos terroristas, pues, como se ha visto, la falta de ideología es un obstáculo para clasificar así estas conductas; contrario a lo que podría decirse con respecto a los objetivos expresamente mencionados en el Código Penal Federal y replicados en algunas legislaciones locales.

3. Contraste entre los números de homicidios en México y la reacción gubernamental

En las secciones anteriores se buscó establecer un concepto de terrorismo desde la perspectiva de la sociología y en el marco jurídico mexicano. A la par, se buscó dejar claro cuáles eran las características básicas del terrorismo, en un esfuerzo por buscar vincularlo con las acciones de violencia de la delincuencia organizada. En esta sección se realizará un análisis cualitativo para conseguir los mismos objetivos. En particular, se evidenciará que, a pesar de los altos niveles de violencia, en específico en los casos de homicidios y su brutalidad, las diversas instancias de gobierno han omitido señalar que se trata de actos de terrorismo.

Como una aclaración metodológica, es importante aclarar que, si bien en las secciones anteriores se habló genéricamente de actos de violencia, en esta parte se estudiará el caso concreto de los homicidios. La razón es que este delito es fácil de analizar, pues se cuenta con datos abundantes en la doctrina que ha estudiado el fenómeno de la violencia en México y en las cifras oficiales. Hablar de otros delitos como lesiones, daño en propiedad ajena y extorsión, que también están vinculados a la delincuencia organizada y a la violencia en México, es más complicado y llevaría a conclusiones especulativas.

Los números fríos sobre la escalada de violencia en México han sido bien documentados.³² Las cifras más conservadoras hablan de 40.000 homicidios dolosos desde que comenzó la “guerra contra el narco” del expresidente Felipe Calderón Hinojosa.³³

³² Algunos reportes señalan que los números de homicidios en México son más bajos que en otras partes del continente; sin embargo, destacan que en muy poco tiempo las cifras se han elevado considerablemente y que los medios empleados son extremadamente violentos y crueles. Véase Kimberley Heinle, Octavio Rodríguez Ferreira y David A. Shirk, “Drug violence in Mexico: Data and analysis through 2013”, *Justice in Mexico Project*, San Diego: University of San Diego, 2014, pp. 9, 12.

³³ Véase Durbin, o. cit., p. 154; Paul Rexton Kan, “What we’re getting wrong about Mexico?”, *The US Army War College Quarterly*, vol. XLII, 2011, <<http://strategicstudiesinstitute.army.mil/pubs/parameters/Articles/2011summer/Kan.pdf>

Las formas en las que se llevan a cabo estos homicidios también han sido ampliamente documentadas, y al respecto se destacan los casos de decapitaciones, ejecuciones y fosas masivas, que forman parte del modo de operar de la delincuencia organizada. Para hablar solamente de ejecuciones, el Gobierno Federal reportó que de 2006 al 2010 hubo 28.000 muertes, de las cuales el 90 % fueron ejecuciones.³⁴

Sin embargo, a pesar de lo impresionante de estas cifras de homicidios, la respuesta gubernamental no ha ligado estos hechos con actos terroristas.

En su portal de internet, la Procuraduría General de la República señala:

[...] en este contexto, es necesario precisar que en nuestro país, si bien se han registrado algunos actos aislados que han sido considerados como “actos de terrorismo”, realizados por integrantes de la delincuencia organizada, todavía no se ve afectado por la actuación de terroristas sistemáticas o por organización extremistas o radicales.³⁵

Con esta afirmación se hace notar que estos actos de violencia no pueden ser atribuidos a grupos extremistas islámicos, por ejemplo, pero nada dice esta declaración del terrorismo por grupos nacionales.

En igual sentido, en la misma página de internet, al presentar la Base de Datos por Fallecimientos por Presunta Rivalidad Delincuencial, del 2011, la institución hace la siguiente aclaración:

Con el afán de que esta herramienta estadística sea conceptualmente más precisa y analíticamente más rica, la Base de datos tuvo modificaciones nominales y taxonómicas que a continuación se describen: Se distinguen dos tipos diferentes de agresiones. Agresiones Directas.- son aquellos ataques de la delincuencia en contra de las autoridades de los tres órdenes de gobierno y Las Agresiones por enfrentamiento.- son los actos aislados o esporádicos que realizan la delincuencia en contra de las autoridades, en la que esta última tiene que hacer uso de sus armas de

(18.11.2014), p. 38; véase también Longmire y Longmire, o. cit., p. 36 (donde se compara la violencia en México con el conflicto armado en Irak).

³⁴ Véase Red por los Derechos de la Infancia en México, “Infancia y conflicto armado en México. Informe alternativo sobre el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño Relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, *Red por los Derechos de la Infancia en México*, <<http://www.derechosinfancia.org.mx/iaespanol.pdf>> (18.11.2014).

³⁵ Procuraduría General de la República, *Terrorismo*, <<http://www.pgr.gob.mx/Combate%20a%20la%20Delincuencia/Delitos%20Federales/Delincuencia%20Organizada/Terrorismo.asp>> (18.11.2014); véase también Fernando Celaya Pacheco, “Narcoterrorance: How has narcoterrorism settled in Mexico?”, *Studies in Conflict & Terrorism*, vol. 32, 2009, p. 1025.

fuego. *Asimismo el concepto de ejecuciones en lo sucesivo se nombrará como Homicidios, privilegiando el concepto jurídico como se interpreta en los códigos penales.*³⁶

Si bien las ejecuciones podrían ser catalogadas jurídicamente como homicidios, lo cierto es que también podrían constituir actos de terrorismo conforme al Código Penal Federal, sobre todo porque los grupos de la delincuencia organizada difunden estas prácticas para generar terror. En otras palabras, no basta con matar a una persona o lesionarla, sino que además es necesario exhibir y difundir estos actos de violencia a manera de advertencia a la población y a las autoridades.³⁷

Incluso, no distinguir entre homicidios y ejecuciones tiene como efecto ocultar el hecho de que las ejecuciones son parte del *modus operandi* de la delincuencia organizada e impide crear políticas públicas para enfrentar adecuadamente el fenómeno.³⁸

Esto se ve reflejado igualmente en las actuaciones en la investigación. Del 2009 al 2013 solamente se reportan 46 averiguaciones previas por terrorismo consignadas ante los tribunales federales. La situación es más grave en el ámbito estatal, sobre todo en las entidades que han sufrido más violencia. La Procuraduría General de Justicia de Michoacán reporta un total de 15 consignaciones por terrorismo en el lapso del 2009 al 2013. El Poder Judicial de Chihuahua no reporta sentencias por el delito de ataques contra la paz pública en el mismo plazo, aunque la Fiscalía General ha señalado que una persona está siendo investigada por ese delito. Igualmente, la Procuraduría General de Justicia de Tamaulipas no ha consignado ante los tribunales investigaciones penales por terrorismo durante el mismo periodo. Por su parte, los estados de Guerrero y Sinaloa simplemente reportan que la información es inexistente.³⁹

³⁶ Cursiva añadida. Véase <<http://www.pgr.gob.mx/temas%20relevantes/estadistica/estadisticas.asp>> (26.05.2014).

³⁷ En páginas de internet como *Elnarcotube*, <<http://elnarcotube.com>>, se pueden encontrar varios videos de ejecuciones por miembros de la delincuencia organizada. Cabe notar que los medios de comunicación han tratado de contrastar el efecto de estos sucesos a través del Acuerdo para la Cobertura Informativa de la Violencia, que pretende minimizar el carácter gráfico y sensacionalista de estos actos de violencia para no contribuir a los fines de divulgarlos de la delincuencia organizada.

³⁸ En este mismo sentido véase Celaya, o. cit., p. 14 (desde noviembre de 2012 el gobierno de Felipe Calderón Hinojosa yo no presentó cifras de narcoviolenencia, argumentando que las ejecuciones no están tipificadas; inicialmente el actual gobierno de Enrique Peña Nieto cambió esta postura, pero al poco tiempo volvió a omitir los números de ejecuciones).

³⁹ Los datos mencionados se obtuvieron a través del portal de transparencia de las distintas entidades de gobierno (los documentos soporte se encuentran en los archivos del autor).

No obstante la falta de respuesta de todos los niveles de gobierno, el impacto en la sociedad mexicana es equivalente al del terrorismo, como señala en un reporte Human Rights Watch:

Este incremento alarmante de la violencia ha sido consecuencia, en gran parte, de la rivalidad entre poderosos carteles que compiten por el control del narcotráfico y otras actividades lucrativas ilícitas, como la trata de personas, así como de enfrentamientos internos entre sus propios miembros. Estas organizaciones han cometido graves delitos contra integrantes de bandas rivales y también contra miembros de las fuerzas de seguridad. Sus actividades ilícitas también han afectado prácticamente todas las esferas de la vida pública, e incluyen las más variadas modalidades, como extorsión de pequeñas empresas, bloqueos de las principales autopistas, cierre de escuelas, toques de queda nocturnos, secuestros en masa y asesinatos de funcionarios públicos. Han apelado a demostraciones públicas de violencia —desde dejar cabezas de personas decapitadas en plazas públicas hasta colgar cuerpos mutilados de puentes sobre carreteras— con el fin de infundir el terror, no solo entre sus rivales, sino también en la población general. Han tenido un profundo impacto en la sociedad mexicana.⁴⁰

El reporte es interesante dado que indica que no solo por lo brutal de las muertes y su exhibición pública estos pueden ser considerados actos de terrorismo, sino que el simple incremento de la violencia en tan poco tiempo ya puede ser clasificado de esta manera.

En efecto, la misma inactividad que muestran las instancias de procuración de justicia y, por ende, los tribunales se replica en la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Solamente hay una recomendación que versa sobre terrorismo y se trata de una persona que fue sometida a proceso por bloquear el acceso a una alcaldía.⁴¹ Sin menospreciar el hecho de que se trató de un uso exacerbado del poder punitivo, es una situación muy distante a la que presenta la delincuencia organizada.

Por último, es importante destacar una tendencia que podría ser contraproducente para procesar hechos de terrorismo en México y que está íntimamente vinculada a la posición del gobierno de ocultar que existe dicho fenómeno en el país. Se trata de los casos de personas, líderes de la delincuencia organizada, que han sido extraditadas a Estados Unidos.

⁴⁰ Véase Human Rights Watch, "Ni seguridad, ni derechos. Ejecuciones, desapariciones y tortura en la guerra contra el narcotráfico de México", *Human Rights Watch*, <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/mexico1111spwebcover.pdf> (18.11.2014), p. 4.

⁴¹ Véase Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), Recomendación 193/93, del 30 de septiembre de 1993.

Entre estas personas se encuentran Benjamín Arellano Feliz (Cartel de Tijuana), Héctor el Güero Palma (Cartel de Sinaloa), Osiel Cárdenas Guillén (Cartel del Golfo), Vicente Zambada Niebla (Cartel de Sinaloa) y Juan José Quintero Payán (Cartel de Juárez). Todas estas personas fueron extraditadas por delitos contra la salud, delincuencia organizada y/o lavado de dinero. Sin embargo, ninguna ha sido extraditada por delitos violentos propios del terrorismo; es más, no han sido extraditadas por ningún acto violento.⁴²

Estas extradiciones dejarían en la impunidad diversos actos que podrían constituir terrorismo, como hizo notar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su *Informe anual 2009* con el caso de los paramilitares colombianos que fueron entregados a Estados Unidos. En dicho informe la Comisión hizo notar que los casos que se estaban investigando o procesando en Colombia habían sufrido retrasos considerables en detrimento de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.⁴³ Asimismo, las autoridades de Estados Unidos habían obstaculizado los mecanismos de cooperación internacional, a tal grado que solamente se pudo documentar una petición de cooperación resuelta.⁴⁴ Con esto no se busca hacer ninguna comparación entre el caso colombiano y el mexicano; solamente ilustrar que hay circunstancias en las cuales la extradición puede generar impunidad con respecto a los delitos violentos, en el caso mexicano, cometidos por la delincuencia organizada.

Con este antecedente resulta preocupante que los casos de narcoterrorismo queden impunes, ya sea porque las personas extraditadas tuvieron algún tipo de participación o porque sería complicado lograr su comparecencia en los casos que eventualmente se puedan abrir en México.

⁴² Véase Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional (CDJI), Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH) y Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), *Comunicación con base en el artículo 15 del Estatuto de Roma respecto de la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad en México de diciembre de 2006 a septiembre 2012*, 25 de octubre de 2012, Anexo 4 (el documento soporte se encuentran en los archivos del autor).

⁴³ Para un estudio profundo del caso colombiano véase la contribución de Alejandro Aponte en este libro.

⁴⁴ Véase OEA, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 51 corr. 1, 30 de diciembre de 2009, § 37-44; cf. Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Corte Penal Internacional, noviembre de 2012, § 170-174 (la Fiscalía de la CPI ha notado que hay un avance con respecto a estos casos).

4. Casos emblemáticos

4.1. Ataque en el Centro de Morelia

Este caso se presenta como emblemático de cómo los diversos ataques realizados por la delincuencia organizada pueden constituir actos terroristas. Antes se formularán algunas explicaciones de orden metodológico.

La base de la presente explicación se retoma del amparo en revisión 12/2012, realizado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, en el cual se revisó el auto de formal prisión dictado en contra de diversos acusados por esos hechos. Cabe notar que dicho amparo fue otorgado porque a las personas procesadas no se les hizo saber oportunamente el nombre ni los datos personales de los testigos protegidos que declararon en su contra, por lo que se tuvo que reponer el procedimiento. En esta resolución se encuentran las transcripciones de las personas acusadas y de los propios testigos, llevadas a cabo durante la audiencia de término constitucional. Esto proporciona elementos para señalar la posibilidad de que se haya imputado terrorismo. El hecho de que se trata de la única resolución judicial a la que se tuvo acceso la reviste de especial interés, aunque no se trate de una sentencia definitiva.

Por otro lado, no se pretende hacer un comentario jurisprudencial de esta resolución; simplemente destacar que, aunque no se sigue el proceso por terrorismo, existen diversos elementos proporcionados que hacen pensar que se podía haber llevado a cabo este delito.

Los hechos del caso son relativamente sencillos: el 15 de septiembre de 2008 varios sujetos arrojaron granadas de fragmentación en el Centro Histórico de Morelia, Michoacán. La fecha es relevante dado que ese día se celebra la independencia de México en las plazas públicas del país, siempre llenas de civiles que participan de los festejos. Aunque se lanzaron varias granadas, solamente dos explotaron, las que causaron ocho muertos y cien lesionados. El proceso se lleva en contra de cinco autores materiales, sin incluir a ningún otro autor o partícipe.⁴⁵

⁴⁵ Un excelente resumen de los hechos se puede encontrar en Gustavo Castillo García, "Confesos de atentados en Morelia, tres presuntos zetas, según la PGR", *La Jornada*, <<http://www.jornada.unam.mx/2008/09/27/index.php?seccion=politica&article=003n1pol>> (18.11.2014).

Como se adelantaba líneas arriba, si se considera que el tipo penal federal de terrorismo tiene como elemento diferenciador de otros delitos violentos el causar “alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella”, queda claro que la elección de los medios y la fecha podrían ser suficientes para considerar que este fue un acto terrorista. No obstante, las declaraciones vertidas son muy importantes para confirmar esta conclusión.

Los testigos protegidos que declararon en la audiencia señalaron que lanzar las granadas tuvo como propósito “calentar” la plaza; incluso se refirió que era un método que Los Zetas ya habían llevado a cabo en Acapulco y Zihuatanejo.⁴⁶ Uno de los procesados confirmó que, como Los Zetas no tenían una presencia importante en Michoacán, lo que buscaban era que los hechos fueran atribuidos al cártel de la Familia Michoacana.⁴⁷

Los propios procesados declararon que Los Zetas les habían pagado para lanzar las granadas y que les habían comentado que buscaban crear temor en la sociedad, desprestigiando así a la Familia Michoacana, grupo de la delincuencia organizada con la que se disputaban la ruta del comercio de la marihuana de Michoacán a Estados Unidos.⁴⁸ En este mismo sentido, uno de los procesados señaló que la instrucción que recibió fue la de lanzar la granada directamente a la multitud.⁴⁹

La historia procesal tiene algunos datos interesantes, pues el juez sexto de distrito de Guadalajara dictó orden de aprehensión por terrorismo y delincuencia organizada,⁵⁰ y el auto de formal prisión original también fue por estos delitos.⁵¹ Sin embargo, los procesados interpusieron un juicio de amparo en el cual se suprimieron de la acusación los delitos de delincuencia organizada para cometer terrorismo, entre otros. Por lo tanto, el proceso se sigue únicamente por homicidio calificado y lesiones calificadas.⁵²

Lamentablemente, al tratarse de la transcripción de los puntos resolutive de otro tribunal, no se presentaron los razonamientos que permitirían conocer los motivos por los que estos delitos se suprimieron de la acusación.

⁴⁶ Véase Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, Amparo en revisión 12/2012, 28 de marzo 2012 (revisión principal 12/2012), pp. 2526.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 85.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 43.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 61.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 199.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 201.

⁵² *Ibíd.*, pp. 201-202.

4.2. Otros casos emblemáticos

Como se mencionó al principio de este apartado, el caso de Morelia es especialmente relevante por diversos motivos, entre ellos, que hay resoluciones judiciales disponibles. Sin embargo, no es el único caso que podría ser considerado como un acto terrorista. Cabe señalar, a manera de nota metodológica, que el recuento de estos casos emblemáticos se hará mediante notas periodísticas. La razón es que no existen investigaciones o no es posible tener acceso a ellas. No obstante, como lo que se busca es establecer los acontecimientos fácticos, las notas periodísticas cumplen con este objetivo.

Para facilitar el manejo de la información se presenta la siguiente lista. Se insiste en que no se trata de los únicos casos reportados, sino de casos que se seleccionaron por algún motivo especial que se explicará enseguida.

Casino Royale, 25 de agosto de 2011, atribuido a Los Zetas

El 25 de agosto de 2011, en Monterrey, un comando roció gasolina en el interior del Casino Royale y provocó un incendio que dejó 61 personas muertas. Investigaciones precisan que entre 13 y 16 delincuentes llegaron armados en al menos cuatro vehículos. Ocho de ellos entraron a las instalaciones del Casino Royale, de la colonia San Jerónimo; los demás resguardaron la entrada. De acuerdo con información proporcionada por funcionarios del gobierno de Nuevo León, el administrador del negocio dijo que el grupo delictivo exigía un pago semanal de 130 mil pesos para poder operar.⁵³

Masacre de San Fernando, 2011, atribuida a Los Zetas

El 17 de junio en Fresnillo, Zacatecas, El Wache fue detenido y no solo se corroboró su relación con el asesinato y la inhumación clandestina de al menos 193 víctimas—durante el mes de marzo de 2011—, sino también que era jefe de plaza de Los Zetas en San Fernando. Desde que el 2 de abril la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO) atrajo la indagatoria, han sido halladas 47 fosas clandestinas en la demarcación. En su mayoría, las 193 víctimas viajaban en

⁵³ Aurora Vega, "Terror en el Casino Royale de Monterrey; Los Zetas, detrás del atentado", *Periódico Excélsior*, <<http://www.excelsior.com.mx/node/763911>> (18.11.2014).

autobuses foráneos rumbo a la ciudad de Reynosa, uno de los centros operativos disputados por *zetas* e integrantes del Cártel del Golfo.

Los delitos imputados son: delincuencia organizada, portación de arma de fuego y posesión de cartuchos de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas, y delitos contra la salud en la modalidad de comercialización de marihuana.⁵⁴

Ataque a Sabritas, 26 de mayo de 2012, atribuido a Los Caballeros Templarios

El 26 de mayo de 2012, desconocidos incendiaron tres bodegas de Sabritas en Apatzingán, Lázaro Cárdenas y Uruapan, junto con 37 unidades de carga. Acciones similares ocurrieron en el vecino estado de Guanajuato. Los Caballeros Templarios colocaron narcomantas en las inmediaciones del lugar de los hechos en las que declaraban como motivo que personal de la transnacional había trasladado a agentes encubiertos en las regiones donde operaban. “Son actividades nocivas a nuestra hermandad”, aseguraban.⁵⁵

Asesinato del candidato del PRI en Tamaulipas, 28 de junio de 2010, atribuido al Cártel del Golfo

El 28 de junio de 2010 en Tamaulipas el candidato del PRI por la gubernatura de dicho estado, Rodolfo Torre Cantú, se desplazaba en vehículos oficiales de la campaña por el kilómetro 9 de la carretera Soto la Marina, con dirección al aeropuerto de la capital tamaulipeca. El crimen fue perpetrado por sicarios pertenecientes directamente al grupo de seguridad de Costilla Sánchez, quienes portando uniformes similares a los de la Marina emboscaron el convoy. De acuerdo con las investigaciones, se hallaron cerca de las víctimas al menos 88 casquillos de los calibres 7.62 × 39, 223 y 9 milímetros.

Los delitos imputados son: portación de armas de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, violación a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, delincuencia organizada y delito de homicidio, y lo que resulte por la muerte de Torre Cantú y otras cuatro personas.⁵⁶

⁵⁴ Daniel Blancas Madrigal, “Un juez dictó auto de formal prisión en contra de El Wache”, *La Crónica de Hoy*, <<http://www.cronica.com.mx/notas/2011/605709.html>> (18.11.2014).

⁵⁵ Ernesto Martínez Elorriaga, “Caballeros Templarios se atribuyen los ataques a Sabritas en Michoacán”, *La Jornada*, <<http://www.jornada.unam.mx/2012/06/01/politica/015n2pol>> (18.11.2014).

⁵⁶ Notimex, “Atrae PGR investigación de homicidio de Torre Cantú”, *La Crónica de Hoy*, <<http://www.cronica.com.mx/notas/2010/516298.html>> (18.11.2014).

Granada en el consulado de Estados Unidos en Nuevo Laredo, abril de 2010, atribuido a Los Zetas

Ataque con material explosivo arrojado cerca de la caseta de vigilancia del consulado estadounidense en Nuevo Laredo, que únicamente provocó la rotura de una ventana. Quedó registrado en el acta circunstanciada AC/PGR/TAMPS/NL-II/190/2010.⁵⁷

Asesinato del alcalde de Tanhuato, Gustavo Garibay, 22 de marzo de 2014, atribuido a un Grupo Comunitario de Autodefensa

La Procuraduría General de la República (PGR) impuso cargos de “delincuencia organizada en la modalidad de terrorismo” a integrantes de las autodefensas de Yurécuaro, que fueron detenidos por el asesinato del alcalde panista de Tanhuato, Gustavo Garibay García (22 de marzo de 2014). El edil fue interceptado por un grupo de hombres armados. En el lugar de los hechos se localizaron nueve cartuchos calibre 38 súper, tres casquillos calibre 7.62 y seis más calibre 2.23, además de una camioneta Ram tipo *pick up* de seguridad pública municipal que presentaba impactos de bala.

El 31 de octubre de 2012 el edil sufrió un primer atentado y logró salvar su vida; en esa ocasión resultó lesionado. A raíz de haber sufrido el atentado, autoridades federales le asignaron seguridad especial conformada por 18 elementos de la Policía Federal, quienes lo acompañaron por varios meses. El 9 de julio de 2013, entrevistado por Grupo Imagen Multimedia, Garibay atribuyó el móvil de su atentado a que no quiso dar dinero del ayuntamiento a grupos de extorsionadores, y agregó que no le habían proporcionado avances sobre los responsables de su primera agresión.

A partir del hecho se abrió la averiguación previa AP/PGR/MICH/M-II/319/2014, causa penal 31/2014, ante el Juzgado Primero de Distrito en Morelia, por los delitos de portación de armas y cartuchos de uso exclusivo del Ejército, asociación delictuosa, portación de arma sin licencia y delincuencia organizada con el fin de cometer terrorismo.⁵⁸

En los casos enumerados, se destacan claros ejemplos de terrorismo para proteger el negocio. En estos casos, los grupos de la delincuencia organizada han optado por

⁵⁷ Alfredo Méndez, “La PGR atraerá las pesquisas del ataque al consulado de EU”, *La Jornada*, <<http://www.jornada.unam.mx/2010/04/12/politica/012n1pol>> (18.11.2014).

⁵⁸ Miguel García Tinoco, “Asesinan a alcalde en Michoacán; Segob anuncia investigación”, *Periódico Excelsior*, <<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/03/23/949975>> (18.11.2014); “PGR detiene a autodefensas, son acusados de terrorismo”, en *Diario Presente*.

“producir alarma, temor o terror en la población”, es decir, usar tácticas terroristas como una forma de garantizar el pago de las extorsiones a negocios como Casino Royale o Sabritas, el llamado *derecho de piso*.

Se da cuenta también de dos casos contra alcaldes que también entran en la modalidad de protección al negocio, ya que de las notas periodísticas recabadas se expone que eran extorsionados. Como se mencionó en la parte conceptual de este trabajo, el terrorismo se enfoca no solamente hacia la población civil, sino también en contra de funcionarios públicos. Sin embargo, de estos, solamente el reciente caso de Gustavo Garibay se procesó por terrorismo en un inicio. Este asunto es notorio, pues no se encuentra procesado un miembro del grupo de la delincuencia organizada, sino de las autodefensas. No obstante, uno de los acusados fue recientemente liberado bajo caución al reclasificarse el delito a encubrimiento.⁵⁹

El caso de la granada lanzada al consulado de Estados Unidos en Nuevo Laredo es importante, pues según el tipo penal podría constituir un caso de terrorismo internacional, de acuerdo con la transcripción hecha en la parte normativa de este trabajo.

Se puede observar que se abren averiguaciones previas por los hechos, pero rara vez se inician procesos. Solamente se han consignado ante los tribunales el caso de Morelia y el homicidio del alcalde de Tánhuato Gustavo Garibay.

5. Reflexiones finales

Poco o casi nada se habla de la existencia de terrorismo en México. Este fenómeno se ve claramente en el ámbito del Ejecutivo federal, en particular en la Procuración de Justicia, pero también en el terreno de otros actores, como las entidades federativas, el Poder Judicial de la Federación, e incluso autores independientes como la Comisión Nacional de Derechos Humanos y las organizaciones de la sociedad civil.

El énfasis, en todo caso, está en la distinción entre homicidios convencionales y ejecuciones, respecto a la cual las diversas organizaciones que estudian el fenómeno de la narcoviolencia en México destacan la falta de información confiable y, en ocasiones, el ocultamiento de cifras. Sin embargo, esta postura está dirigida a medir las actividades

⁵⁹ Notimex, “Confirma PGJ de Michoacán libertad de líder de autodefensas”, *Periódico Excelsior*, <<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/06/17/965747>> (18.11.2014).

violentas de la delincuencia organizada en México, mas no a identificarlas como propias de los grupos terroristas.

Clasificar estas muertes como actos terroristas implica ir más allá de los medios empleados y analizar la difusión y la publicidad con que se realizan y se dan a conocer abiertamente, con un solo fin en mente: causar temor, alarma o terror en la población.

Como se vio en las secciones en las que se describieron los marcos conceptuales y normativos, existen las herramientas suficientes para clasificar varios de los homicidios cometidos por la delincuencia organizada como actos terroristas. El hecho de que la doctrina y el derecho nacional e internacional no tomen en cuenta ya el elemento ideológico como un componente esencial de todo acto terrorista es clave en esta conclusión. El énfasis está en el propósito buscado; por lo tanto, este ha sido el enfoque del presente trabajo. Se puede afirmar que en los tratados internacionales y en la legislación, así como en los estudios doctrinales, un acto terrorista se distingue por su finalidad.⁶⁰

Cuando se toman en consideración los marcos jurídicos nacional e internacional, se llega a la conclusión de que la delincuencia organizada afecta a la seguridad nacional y que el temor, la alarma y el terror en la población civil buscan consolidar el negocio. Entonces, no parece haber duda en cuanto a que estas actividades son terroristas, tal como puede confirmarse con los casos emblemáticos que se presentan. Es necesario insistir en que hay otros factores, como el bien jurídico tutelado, que pueden tomarse en cuenta para distinguir entre un acto de violencia y un acto terrorista, pero hay demasiada controversia en torno a este tema como para hacerlo un factor confiable.⁶¹

Como se decía, en México no se discute la existencia de grupos terroristas en el territorio nacional. Entonces ¿dónde se centra la discusión? Esta apunta más hacia la existencia de un conflicto armado no internacional o la perpetración de crímenes de lesa humanidad y, consecuentemente, un posible inicio de investigaciones por la Corte Penal Internacional.⁶²

Este fenómeno redundante en la impunidad. No solamente porque un gran número de los homicidios no se investigan, sino porque se oculta una realidad al negar que se trata de actos terroristas. Como se mencionaba, el terrorismo es más que un tipo penal que

⁶⁰ Véanse los trabajos de Alicia Gil y Carlos Caro en este libro, donde consideran que el terrorismo debe tener un elemento político que se ve reflejado en la identificación del bien jurídico tutelado.

⁶¹ Para un análisis del bien jurídico tutelado por el terrorismo véase el estudio de José Luis Guzmán en este libro.

⁶² Al respecto véase Javier Dondé Matute y José A. Guevara Bermúdez (coords.), *México y la Corte Penal Internacional*, México: CIADH, INACIPE y Tirant Lo Blanch, 2014.

se distingue de otras conductas similares, como la tortura y el genocidio se distinguen de las lesiones y el homicidio. Son tipos complejos por la cantidad de elementos que es necesario acreditar, pero dan cuenta de una situación mucho mayor que un acto aislado. También son el reflejo de estructuras mayores.

Esta red se pierde cuando no se habla de terrorismo y se oculta una realidad. Sirven nuevamente de ejemplo los hechos de Morelia. Esas conductas se procesaron como lesiones y homicidio, lo cual no permite evidenciar la organización, la planeación ni la participación grupal de los perpetradores. Tampoco pone de manifiesto la participación de Los Zetas como grupo de la delincuencia organizada. En caso de que haya una sentencia condenatoria, solamente se comprobará que tres individuos, en su calidad de autores materiales, lanzaron granadas en el centro de Morelia y así privaron de la vida a ocho personas e hirieron a cien más. Esto no parece ser un reflejo real de lo acontecido.

Bibliografía

Libros y artículos

- BEITTEL, June S., “Mexico’s drug trafficking organizations: Source and scope of the rising violence”, *Congressional Research Service*, 2011, pp. 1-27.
- CASSESE, Antonio, “The multifaceted criminal notion of Terrorism in International Law”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n.º 5, 2006, pp. 933-958.
- CELAYA PACHECO, Fernando, “Narcofearance: How has narcoterrorism settled in Mexico?”, *Studies in Conflict & Terrorism*, vol. 32, 2009, pp. 1021-1048.
- DONDÉ MATUTE, Javier, *Política criminal y derecho internacional*, México: INACIPE, 2014.
- DONDÉ MATUTE, Javier, y José A. GUEVARA BERMÚDEZ (coords.), *México y la Corte Penal Internacional*, México: CIADH, INACIPE y Tirant Lo Blanch, 2014.
- DURBIN, Kirk J., “International narco-terrorism and non-state actors: The drug cartel global threat”, *Global Security Studies*, vol. 4, n.º 1, 2013, pp. 16-30.
- HAUPT, David A., “Narco-terrorism: An increasing threat to U.S. national security”, en *Joint Forces Staff College, Joint Advanced Warfighting School*, 2009, <www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA530126> (18.11.2014).
- HEINLE, Kimberley, Octavio RODRÍGUEZ FERREIRA y David A. SHIRK, “Drug violence in Mexico: Data and analysis through 2013”, *Justice in Mexico Project*, San Diego: University of San Diego, 2014.

- HOLMBERG, John, *Narcoterrorism*, Fairfax: George Mason University, Terrorism, Transnational Crime and Corruption Center, PUBP 710, 11 de mayo de 2009, http://traccc.gmu.edu/pdfs/student_research/HolmbergNarcoterrorism.pdf (18.11.2014).
- KAN, Paul Rexton, "What we're getting wrong about Mexico?", *The US Army War College Quarterly*, vol. XLI, 2011, <http://strategicstudiesinstitute.army.mil/pubs/parameters/Articles/2011summer/Kan.pdf> (18.11.2014).
- LONGMIRE, Sylvia, y John P. LONGMIRE, "Redefining terrorism: Why Mexican drug trafficking is more than just organized crime", *Journal of Strategic Security*, vol. 1, n.º 1, 2008, p. 37.
- MINTEH, Binneh S., *Narco-terrorism - A risk assessment of global terrorist linkages to the international drug trade*, Newark: Rutgers University, 2013, www.academia.edu/3425556/Narco-Terrorism_A_Risk_Assesment_of_Global_Terrorist_Linkages_to_the_International_Drug_Trade (18.11.2014).
- PLACIDO, Anthony P., y Kevin L. PERKINS, *Drug trafficking violence in Mexico: Implications for the United States*, Washington D.C.: U.S. Senate Caucus on International Narcotics Control, Department of Justice, 2010.

Tratados internacionales

Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando Estos Tengan Trascendencia Internacional, 2 de febrero de 1971, A-49.

Referencias jurisprudenciales y legislativas

- Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, Amparo en revisión 12/2012, 28 de marzo 2012 (revisión principal 12/2012).
- Primera Sala, 10.ª época, Registro 2000687. Tráfico de indocumentados. El artículo 138, párrafo primero, de la Ley General de Población, vigente hasta el 25 de mayo de 2011, que prevé la pena privativa de libertad para dicho delito, no viola la garantía de proporcionalidad de las penas.
- Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, Registro 167013. Competencia territorial de excepción. La prohibición de invocar la declinatoria prevista en el párrafo cuarto del artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales sólo es aplicable a los jueces de distrito que ejercen jurisdicción en un centro de reclusión de máxima seguridad.

Páginas de internet

Elnarcotube, <http://elnarcotube.com>.

Procuraduría General de la República, <www.pgr.gob.mx>.
 Cámara de Diputados, <www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio>.

Notas periodísticas

- BLANCAS MADRIGAL, Daniel, “Un juez dictó auto de formal prisión en contra de El Wache”, *La Crónica de Hoy*, <<http://www.cronica.com.mx/notas/2011/605709.html>> (18.11.2014).
- CASTILLO GARCÍA, Gustavo, “Confesos de atentados en Morelia, tres presuntos zetas, según la PGR”, *La Jornada*, <<http://www.jornada.unam.mx/2008/09/27/index.php?section=politica&article=003n1pol>> (18.11.2014).
- “PGR detiene a autodefensas, son acusados de terrorismo”, *Diario Presente*, <<http://www.diario-presente.com.mx/section/nacional/106503/pgr-detiene-autodefensas-acusados-terrorismo/>> (18.11.2014).
- GARCÍA TINOCO, Miguel, “Asesinan a alcalde en Michoacán; Segob anuncia investigación”, *Periódico Excelsior*, <<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/03/23/949975>> (18.11.2014).
- MARTÍNEZ ELORRIAGA, Ernesto, “Caballeros Templarios se atribuyen los ataques a Sabritas en Michoacán”, *La Jornada*, <<http://www.jornada.unam.mx/2012/06/01/politica/015n2pol>> (18.11.2014).
- MÉNDEZ, Alfredo, “La PGR atraerá las pesquisas del ataque al consulado de EU”, *La Jornada*, <<http://www.jornada.unam.mx/2010/04/12/politica/012n1pol>> (18.11.2014).
- NOTIMEX, “Atrae PGR investigación de homicidio de Torre Cantú”, *La Crónica de Hoy*, <<http://www.cronica.com.mx/notas/2010/516298.html>> (18.11.2014).
- “Confirma PGJ de Michoacán libertad de líder de autodefensas”, *Periódico Excelsior*, <<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/06/17/965747>> (18.11.2014).
- VEGA, Aurora, “Terror en el Casino Royale de Monterrey; Los Zetas, detrás del atentado”, *Periódico Excelsior*, <<http://www.excelsior.com.mx/node/763911>> (18.11.2014).

Otros

- CÁMARA DE SENADORES, Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversos artículos del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en materia de Terrorismo, <www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/034_DOJ_28jun07.pdf>, (18.11.2014).
- CENTRO PARA EL DESARROLLO DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL (CDJI), COMISIÓN MEXICANA DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (CMDPDH) y FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (FIDH), *Comunicación con base en el artículo 15 del Estatuto de Roma respecto de la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad en México de diciembre de 2006 a septiembre 2012*, 25 de octubre de 2012.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (CNDH), Recomendación 193/93, del 30 de septiembre de 1993.

FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Corte Penal Internacional, noviembre de 2012.

HUMAN RIGHTS WATCH, “Ni seguridad, ni derechos. Ejecuciones, desapariciones y tortura en la ‘guerra contra el narcotráfico’ de México”, *Human Rights Watch*, <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/mexico1111spwebwcover.pdf> (18.11.2014).

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), *Declaración sobre Seguridad en las Américas*, OEA/Ser.K/XXXVIII, CES/dec.1/03 rev. 1, 28 de octubre de 2003.

— *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 51 corr. 1, 30 de diciembre de 2009.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Terrorismo*, <http://www.pgr.gob.mx/Combate%20a%20la%20Delincuencia/Delitos%20Federales/Delincuencia%20Organizada/Terrorismo.asp> (18.11.2014).

RED POR LOS DERECHOS DE LA INFANCIA EN MÉXICO, “Infancia y conflicto armado en México. Informe alternativo sobre el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño Relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, *Red por los Derechos de la Infancia en México*, <http://www.derechosinfancia.org.mx/iaespanol.pdf> (18.11.2014).

TUTELA PENAL ANTICIPADA Y NORMATIVA ANTITERRORISMO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

Emanuela Fronza

RESUMEN. Esta contribución analiza la normativa relativa a la lucha contra el terrorismo interno e internacional en el ordenamiento penal italiano, con especial atención a la anticipación de la tutela en el ámbito del derecho penal sustantivo. La primera parte contiene una reconstrucción del cuadro normativo según un criterio cronológico que muestra cómo las distintas disposiciones fueron paulatinamente introducidas, lo cual pone en evidencia los elementos de continuidad y de discontinuidad. La segunda parte examina algunas sentencias particularmente significativas para nuestra reflexión, mostrando el rol de la jurisprudencia limitador de unas tendencias expansivas y no siempre respetuosas de los principios constitucionales de ofensividad y taxatividad.

Palabras clave: adelantamiento de la tutela penal, finalidad del terrorismo, dolo específico, jurisprudencia, corte de casación, principio de ofensividad, principio de taxatividad.

ABSTRACT. This paper analyzes the laws involved in the struggle against internal and international terrorism in the Italian legal system, focusing particularly on the anticipation of protection in the field of substantive criminal law. The first part is a chronological table of this set of laws, which shows the gradual introduction of the different norms and sheds light on aspects related to continuity and discontinuity. The second part examines some particularly relevant court decisions, showing the role of case law in limiting some expansive trends which did not always comply with the constitutional requirements of harm and certainty.

Key words: anticipation of criminal protection, terrorist purpose, specific intent, case law, court of cassation, harm principle, principle of certainty (lex certa).

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag analysiert die Gesetzgebung auf dem Gebiet der Bekämpfung des innerstaatlichen und internationalen Terrorismus im

italienischen Strafrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes im materiellen Strafrecht. Im ersten Teil wird eine Rekonstruktion des Normengefüges aus chronologischer Sicht vorgenommen, aus der die schrittweise Einführung der einzelnen Bestimmungen ebenso hervorgeht wie die Kontinuitäten und Brüche. Der zweite Teil untersucht einige für die vorliegenden Überlegungen besonders aufschlussreiche Urteile und legt die Rolle der Rechtsprechung bei der Begrenzung expansiver Tendenzen dar, welche nicht immer im Einklang mit den Verfassungsgrundsätzen des Rechtsgüterschutzes und Bestimmtheitsgrundsatzes stehen.

Schlagwörter: strafrechtliche Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes, Ziel des Terrorismus, spezifischer Vorsatz, Rechtsprechung, Kassationsgerichtshof, Grundsatz des Rechtsgüterschutzes, Bestimmtheitsgrundsatz.

Premisa

El trabajo analiza la normativa de lucha contra el terrorismo interno e internacional en el ordenamiento penal italiano, con especial atención a la anticipación de la tutela en el *ámbito* del derecho penal sustantivo.

Antes de examinar algunas sentencias que consideramos particularmente significativas para nuestra reflexión, parece útil reconstruir el cuadro normativo según un criterio cronológico que da cuenta de cómo las distintas disposiciones fueron paulatinamente introducidas y así evidencia los elementos de continuidad y de discontinuidad.

1. La legislación antiterrorismo: la primera etapa (1970-1990)

Desde el principio, la legislación italiana contra el terrorismo se ha caracterizado por un amplio recurso a técnicas de tutela penal anticipada. Actualmente, Italia cuenta con una normativa contra el terrorismo muy articulada y una vasta serie de tipos penales contruidos según la técnica de la tutela anticipada y de tipo asociativo (véase *infra*).

Un *excursus*, aun breve, será útil para nuestra reflexión.

Entre finales de los años sesenta y durante los años setenta los fenómenos de violencia política marcaron la vida del país. Para combatirlos —en lo que se refiere al uso de instrumentos penales— se utilizaron los tipos penales ordinarios contenidos en el Código Penal (CP) de 1930, en plena época fascista, junto con los previstos en las Leyes

de Seguridad Pública del mismo año. Se trata de los tipos penales de asociación de carácter político (artículo 270 CP: “asociación subversiva”; artículo 306 CP: “banda armada”; artículo 305 CP: “conspiración política mediante asociación”), de numerosos tipos penales que sancionan conductas previas a la lesión del bien jurídico (como los delitos de instigación o de atentado) y, en fin, de delitos de opinión (artículo 414 CP: “apología de delito”; artículo 290 CP: “vilipendio de las instituciones”, y artículo 272 CP: “propaganda subversiva”).¹

Con posterioridad, esta disciplina devino todavía más severa con la adopción de una Ley sobre Orden Público (la llamada Ley Reale, del 22 de mayo de 1975, n.º 152),² que atribuye un papel central a las medidas de prevención, reintroduce la detención preventiva de la policía y crea mecanismos procesales orientados a obstaculizar el ejercicio de las acciones penales contra miembros de las fuerzas de la policía. Se trata de institutos, estos últimos, que, en razón de las muy duras disputas sociales y políticas que acompañaron su introducción, fueron luego modificados y, en algunos casos, abrogados y, en todo caso, terminaron sin una particular aplicación.

Desde la segunda mitad de los años setenta los fenómenos de conflicto político y social violentos aumentaron de manera significativa.

El punto más alto de esta etapa de terrorismo interno se verificó en marzo del 1978, con el secuestro por las Brigate Rosse de Aldo Moro, uno de los principales exponentes de la Democracia Cristiana, partido que hasta ese momento había dirigido los destinos del gobierno del país (y lo haría hasta 1994). El secuestro concluyó, luego de algunos meses, con el homicidio de Moro.

Fue exactamente durante aquel secuestro que por primera vez apareció en el ordenamiento jurídico italiano la categoría de “terrorismo”, con un decreto ley del 21 de marzo 1978 que introdujo en el CP el artículo 289 *bis*: el “secuestro de persona con finalidad terrorista”.

¹ Cf. Ettore Gallo, “Delitti aggravati dall’evento e delitti di attentato”, *Giurisprudenza Italiana*, n.º IV, Turín, 1990, pp. 409 s.; Ettore Gallo, “Il principio di idoneità nel delitto di pubblica istigazione”, *Diritto Penale e Processo*, n.º I, Milán, 1996, pp. 1514 s.; Cristina Pavarani, “Dei delitti di associazione politica”, en Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari, Adelmo Manna y Michele Papa, *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. I, Turín: Utet, 2008, pp. 119 s., también para ulteriores detalles, Aurelio Barazzetta, “Artt. 414-421”, en Emilio Dolcini y Giorgio Marinucci, *Codice penale commentato*, vol. II, Ipsa, 2011, pp. 4156 s.

² Centro di Iniziativa Luca Rossi (AA. VV.), *Libro bianco sulla legge Reale*, Milán: Centro di Iniziativa Luca Rossi, 1990.

La categoría, en el ámbito de esta primera figura típica, está de todos modos estrechamente conectada con la finalidad política de los protagonistas. Responde del delito del artículo 289 *bis* CP quien secuestre a una persona e imponga como condición para su liberación un objetivo subversivo del funcionamiento de las instituciones democráticas.

2. La primera ley orgánica en materia de terrorismo: el decreto ley 625, de 6 de febrero de 1980

La primera ley orgánica en materia de terrorismo se adoptó con el decreto ley 625 (convertido en la ley de 6 del 6 de febrero 1980).³

Esta ley introdujo un nuevo tipo penal asociativo (artículo 270 *bis* CP: “Asociaciones con finalidad terrorista y subversiva del orden democrático”),⁴ que se agregó a los otros tipos ya existentes en el Código, creando problemas de taxatividad sistémica. En los años sucesivos sería esta última figura la que monopolizaría la atención de la jurisprudencia penal, en nombre de una renovada legitimación democrática respecto a la preexistente norma del Código, que castigaba la “asociación subversiva”, pero también en virtud de sus penas draconianas.

Se introdujo también el artículo 280 CP, “Atentado a la vida y a la incolumidad con finalidad terrorista o subversiva”, con penas mucho más severas respecto a las correspondientes figuras tentadas.

Al mismo tiempo, se incorporó una agravante general de aplicación obligatoria, sin la posibilidad de compensarla: el haber actuado con “la finalidad de terrorismo o de subversión del orden democrático”, aplicable, de este modo, a cualquier delito cometido por terroristas en el contexto de su actividad política.

³ Acerca de tal disposición, cf. Cesare Albanello, “Misure urgenti per la tutela dell’ordine democratico e della sicurezza pubblica”, *Giurisprudenza di Merito*, n.º I, Milán, 1981, pp. 276 s., y el comentario de Giovannangelo De Francesco en *Legislazione Penale*, 1981, p. 52 s.

⁴ Acerca de los delitos contra la personalidad del Estado, véase Marco Pelissero y Maurizio Riverditi (dir.), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, Turín: Aiello, 2010, pp. 159-208.

1.3. Los años ochenta: el agotamiento progresivo del fenómeno del terrorismo interno

Entretanto, el nuevo sistema normativo, en particular el procesal y ejecutivo y el correspondiente sistema premial, fue el modelo respecto de la nueva disciplina penal del fenómeno mafioso (en 1982 se introdujeron el delito de asociación de tipo mafioso del artículo 416 *bis* CP, norma especial respecto de la asociación para delinquir, una agravante general basada en la finalidad mafiosa y, además de estas nuevas figuras de delito, medidas de seguridad predelictivas en el campo patrimonial).

De este modo, se creó un sistema penal de la “criminalidad organizada” que evolucionaría paralelamente, reuniendo tanto fenómenos de terrorismo y subversión del orden democrático como formas de criminalidad mafiosa o paramafiosa. Es decir, para el terrorismo y la criminalidad mafiosa se fue formando progresivamente un sistema paralelo al ordenamiento penal, con disposiciones diferentes en lo que concierne a los derechos sustancial, procesal y ejecutivo.

En el contexto histórico que hemos sintetizado, el uso de tipos penales de atentado, de instigación y, sobre todo, asociativos ha dado lugar a un preocupante déficit de determinación, caracterizado por la construcción judicial del tipo. Sin embargo, es necesario señalar que, a partir de la segunda mitad de los años ochenta, la jurisprudencia de casación y la Corte Constitucional han colocado un límite respecto de aquellos casos en que parecía evidente una violación del concepto constitucional del ilícito penal —en el ordenamiento italiano se postula, además del principio de legalidad y taxatividad (artículo 25 de la Constitución), el principio de personalidad de la responsabilidad penal (artículo 27 de la Constitución), entendido este como la necesidad de que el agente responda solo por hechos culpables causalmente reconducibles, con certeza, a su conducta—.

Respecto a los delitos de atentado, se ha advertido la necesidad de alguna forma de materialidad y ofensividad de la conducta. La aplicación del tipo penal no puede resolverse en la averiguación de la sola dirección del acto. Respecto de la relevancia penal de la apología de delito, se exige como elemento necesario la peligrosidad de la instigación.

También para los delitos asociativos la Corte de Casación ha identificado como necesario que en la averiguación de los hechos no haya una dimensión puramente ideológica, sino que pueda presentar una consistencia organizativa y la idoneidad de los instrumentos empleados por el grupo para alcanzar sus objetivos.

En un balance de aquella temporada (entre los años setenta y noventa) es posible afirmar que, no obstante el carácter radical del conflicto, su violencia en algunas situaciones y todas las proclamas antagonistas que han caracterizado la comunicación política, la jurisprudencia ha actuado en el marco de un Estado de derecho. Las situaciones de emergencia democrática no han producido un estado de excepción normativo ni la suspensión de las principales garantías, ni tampoco un estado de mutación profunda en la práctica.

Los atentados de Nueva York de 11 de septiembre 2001 marcan un punto de ruptura. A partir de esta fecha el cuadro normativo, bajo el influjo del derecho internacional y europeo, cambió de manera muy significativa en el ámbito nacional a través de la legislación de emergencia: se adoptaron varios decretos (el decreto ley del 28 de septiembre 2001, n.º 353, el decreto ley del 12 de octubre 2001, n.º 369, y el de 27 de julio 2005, n.º 144) que fueron convertidos en leyes. Estas normas introdujeron modificaciones de derecho penal sustancial, además de modificaciones procesales.⁵

Cabe resaltar que, a diferencia del pasado, la nueva legislación está marcada por las decisiones tomadas en las sedes internacionales y europeas, pero las características del modelo no cambian.

2. La segunda fase: el terrorismo internacional y los atentados del 11 de septiembre de 2001

Se abre de este modo una nueva fase para la legislación antiterrorismo, caracterizada por algunos elementos de continuidad, como el recurso a la tutela anticipada —que, en nuestra opinión, no se incrementa— y, por otra parte, de discontinuidad, en particular la intervención en materia de fuentes supranacionales. Este dato que connota estructuralmente el sistema penal debe ser subrayado para los fines de nuestra reflexión, no solo porque las fuentes supranacionales contienen obligaciones de incriminación, sino también por la técnica de formulación del tipo.⁶

⁵ El ordenamiento constitucional italiano admite decretos leyes en sentido propio, es decir, disposiciones dictadas por el Gobierno en ausencia de las Cámaras o en situaciones de “necesidad y urgencia” (artículo 77 de la Constitución), que deben ser ratificadas por el Parlamento a través de una ley de conversión. Estas disposiciones pueden extenderse a asuntos penales.

⁶ La adecuación normativa supranacional fue realizada por los diversos ordenamientos, a veces restrictivamente, otras extensivamente.

Respecto de la primera etapa, cambia el contexto de referencia de la normativa antiterrorismo, que junto con las otras normas contra la criminalidad organizada forman un subsistema normativo paralelo, binario, diferenciado y permanente.

Trataremos de sintetizar las modificaciones más importantes que han sido introducidas después del 2001.

Ante todo, nuestro legislador ha intervenido para colmar una laguna: el artículo 270 *bis* CP era inadecuado para enfrentar conspiraciones de vocación internacional y religiosa. También la jurisprudencia de casación había asumido una posición cerrada y muy decidida respecto a las hipótesis en que la finalidad subversiva tuviese por objeto un Estado extranjero. Por tal motivo fue aprobada la nueva ley.

2.1. La extensión de la tutela a los Estados extranjeros y a las organizaciones internacionales: la nueva redacción del artículo 270 *bis* CP

La ley 438 de 15 de diciembre de 2001, titulada “Disposiciones urgentes para combatir el terrorismo internacional”, además de prever un régimen procesal especial para los delitos caracterizados por su finalidad subversiva de terrorismo,⁷ introdujo algunas modificaciones muy relevantes en el plano sustancial con el fin de permitir la persecución de aquellas actividades delictivas de tipo terrorista aun cuando desarrollen su actividad fuera del país.

El delito asociativo del artículo 270 *bis* CP mantiene el *nomen iuris* de “Asociación con finalidad terrorista y de subversión del orden democrático”,⁸ pero incluye expresa-

⁷ Se trata de intervenciones procesales orientadas a ampliar los instrumentos de investigación (extensión de la posibilidad de disponer interceptaciones y una nueva disciplina del agente provocador, análoga a la regulación existente en materia de estupefacientes) y a su coordinación y centralización, con la previsión de un Ministerio Público distrital antiterrorismo.

⁸ Para la formulación original cf. *supra*: el artículo 270 *bis* CP incriminaba únicamente las asociaciones que actuaban con una finalidad de evasión y la tutela estaba circunscrita a una dimensión exclusivamente nacional. El nuevo artículo 270 *bis* dispone: “1. Todo el que promueva, constituya, organice, dirija o financie asociaciones que se proponen el cumplimiento de actos de violencia con finalidad de terrorismo o de evasión del orden democrático será castigado con reclusión de siete a quince años. 2. Todo aquel que participe en tales asociaciones será castigado con la reclusión de cinco a diez años. 3. Para los fines de la ley penal la finalidad de terrorismo se presenta también cuando los actos de violencia son dirigidos contra un Estado extranjero, una institución o un organismo internacional. Contra el condenado será siempre obligatorio el decomiso de las cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer del delito y de las cosas que constituyen el precio, el producto o la ventaja”. Acerca de tal disposición, además de los comentarios ya citados, cf. Alfio Valsecchi, “Il problema della definizione di terrorismo”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, 2004, pp. 1146 s.; ídem, “Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Brevi osservazioni di diritto

mente la finalidad de terrorismo. Con la adición del tercer inciso, entonces, se acuña la nueva categoría de “terrorismo internacional”. A través de la intervención reformadora no solo se extiende la punibilidad a los terroristas contra Estados extranjeros u organizaciones internacionales (prescindiendo de las motivaciones políticas en cuestión), sino también parece cristalizar, en el plano interpretativo, la distinción conceptual entre subversión y terrorismo. Será necesario esperar hasta 2005 para que el nuevo artículo 270 *sexies* CP provea, por primera vez, una definición jurídica de la categoría de terrorismo.

En ese año se introdujeron modificaciones muy significativas en nuestro ordenamiento, tras la adopción de algunas convenciones internacionales.⁹

El legislador italiano, con el decreto ley 144 de julio de 2005, convertido en la ley 155 de 31 de julio de 2005 (la denominada Ley Pisanu),¹⁰ otra vez luego de gravísimos atentados terroristas —precisamente los de Londres de 7 de julio de 2005—, volvió a intervenir en la materia.¹¹

Esta reforma introdujo tres nuevas disposiciones. En primer lugar, fueron incorporados dos nuevos delitos, el “enrolamiento con finalidad de terrorismo internacional” (artículo 270 *quater* CP) y el “entrenamiento con finalidad de terrorismo internacional”

to penale sostanziale”, *Diritto Penale e Processo*, n.º 10, Milán, 2005, pp. 3953 s.; Guido Salvini, “L’associazione finalizzata al terrorismo internazionale, problemi di definizione e prova della finalità terroristica”, *Cassazione Penale*, n.º 10, Milán, 2006, p. 3366 s.; Alessandro Gamberini, “Gli strumenti penali di contrasto al terrorismo internazionale, alcuni interrogativi sulla tecnica e sull’oggetto di tutela della nuova fattispecie di cui all’art. 270-bis CP”, *Critica del Diritto*, Nápoles, 2004, pp. 69 s.; Alessandro Gamberini y Claudio Prezioso, “La capacità espansiva della definizione di terrorismo, fra violenza in tempo di guerra ed atti eversivi”, *Il Foro Italiano*, n.º I, Turín, 2008, pp. 44 s.

⁹ Como ejemplo podemos mencionar el artículo 270 *quater* e *quinquies* CP, ya formuladas como figuras de tutela anticipada en la Convención de Varsovia de 2005, no ratificada por Italia.

¹⁰ Cf. Valsecchi, “Misure urgenti...”, o. cit., pp. 1222 s., y Leonardo Filippi, “Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Le disposizioni processuali”, *Diritto Penale e Processo*, n.º 10, Milán, 2005, pp. 1204-1222.

¹¹ Se observa que el decreto Pisanu incrimina nuevamente los actos preparatorios con los artículos 270 *quater* y *quinquies* CP (enrolamiento y entrenamiento con finalidad de terrorismo internacional), figuras que derogan respecto de la parte general (artículos 56 y 115 CP). Según el autor, esto sería un ejemplo de cómo la legislación antiterrorismo, así como aquella de la inmigración clandestina, constituyen verdaderos y propios subgrupos caracterizados por una involución hacia el derecho penal de autor, islas separadas del archipiélago del Código Penal. Cf. Adelmo Manna, “La strategia del terrore e i delitti di attentato”, *L’Indice Penale*, 2013, pp. 51 s.

(artículo 270 *quinquies* CP).¹² Tales delitos castigan conductas propedéuticas y con las que resulta posible sancionar no solo al entrenador, sino también al entrenado.¹³

En segundo lugar, se introdujo por primera vez en nuestro sistema penal una definición orgánica de “conductas con finalidad de terrorismo” (artículo 270 *sexies* CP).¹⁴

¹² Sobre tales figuras criminosas, cf. Valsecchi, “Misure urgenti...”, o. cit.; Alfio Valsecchi, “Sub Artt. 270 quater, 270 quinquies, 270 sexies”, en Emilio Dolcini y Giorgio Marinucci, *Codice penale commentato*, 2.ª ed., Milán: Ipsoa, 2006. Acerca del artículo 270 *quinquies*, introducido luego de la Convención de Varsovia, no ratificada por Italia cf. Ivan Russo, *Sistema penale di armi, esplosivi, munizioni, caccia e tiro*, Roma: Dike, 2012, pp. 180 s.; Franco Roberti, “Le nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo”, en Andrea Antonio Dalia, *Le nuove norme di contrasto al terrorismo. Commento al Decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 convertito, con modificazioni, nella Legge 31 luglio 2005, n. 155 ed integrato dal Decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, nella Legge 21 febbraio 2006, n. 49 e sintesi dei lavori parlamentari*, Milán: Giuffrè, 2006, pp. 531 s.; Simona Reitano, “Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, pp. 217 s. Sobre la relación entre el artículo 2 *bis* de la ley n.º 895 de 1967 que contiene “disposiciones para el control de armas” y del artículo 270 *quinquies* en términos de especialidad, cf. Gabriele Civello, “Armi ed esplosivi. L. 2.10.1967, n. 895”, en Mauro Ronco, Salvatore Ardizzone y Bartolomeo Romano, *Codice penale ipertestuale. Leggi complementari*, Turín: Utet, 2007, pp. 221 s.

¹³ Esta disposición castiga, entonces, no solo al sujeto activo (instructor o entrenador), sino también al entrenado. En sentido crítico cf. Massimo Donini, “Lo status di terrorista, tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l’uso del diritto come arma?”, en Sergio Moccia, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell’emergenza*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 99: “[...] el castigo de la mera peligrosidad subjetiva viene expulsado por el derecho penal del hecho en cuanto se dice que la ofensa es de peligro y es insita no en el sujeto, sino en el entrenamiento que ha recibido”. El autor agrega que por existir en nuestro ordenamiento el delito de conspiración política mediante acuerdo (artículo 304 CP), que se extiende al delito en objeto, un mero acuerdo en vista de un futuro entrenamiento sería hoy suficiente para fundar una responsabilidad penal (con pena de reclusión de uno a cinco años). Por ello se castigaría no solo ser terrorista, sino también el mero proyecto concreto (cristalizado en acuerdo) de serlo más adelante. “Castigando autónomamente conductas preparatorias nos alejamos de un derecho penal de la ofensa para acercarnos a la neutralización de autores peligrosos”, Massimo Donini, “Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico”, en Roberto Kostoris y Renzo Orlandi, *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Turín: Giappichelli, 2006, p. 138. Sobre la compatibilidad de tales figuras con los principios constitucionales cf. Federica Resta, “Ancora su terrorismo e stato della crisi”, *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica di Camerino*, n.º 1, 2013, p. 296, nota 483; sobre el contraste con el principio de ofensividad cf. Valentina Masarone, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 265.

¹⁴ Coherente con la finalidad de armonización que la caracteriza, esta disposición contiene una cláusula expresa de reenvío a las definiciones de los instrumentos internacionales vinculantes para Italia. Según el artículo 270 *sexies* CP: “Son consideradas con finalidad de terrorismo las conductas que por su naturaleza o contexto pueden provocar graves daños a un país o a una organización internacional y son ejecutadas con el objetivo de intimidar a la población u obligar a los poderes públicos o a una organización internacional a cumplir o abstenerse de realizar cualquier acto o desestabilizar o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas y sociales de un país o de una organización internacional, además de otras conductas definidas como terroristas o cometidas con finalidad de terrorismo por convenciones u otras normas de derecho internacional vinculantes para Italia”. Sobre esta disposición cf. Alfio Valsecchi, “La definizione di terrorismo dopo l’introduzione del nuovo art. 270-sexies CP”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, 2006, p. 1103 s.; para un juicio positivo de esta disposición, entre otros, cf. Alessandro Centonze, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milán: Giuffrè, 2008, p. 90; sobre la necesidad

Esta disposición es relevante según una interpretación sistemática para los artículos 270 *quater* y 270 *quinqües* CP a la luz del principio de ofensividad, entendido como criterio hermenéutico. Ella define como *conductas con finalidad de terrorismo* aquellas que por su naturaleza o contexto “pueden generar grave daño a un país o a una organización internacional”. También los dos delitos de las normas antedichas, para poseer relevancia penal, deberían someterse al juicio del peligro concreto que comporta esta última norma.¹⁵

Muchas de las nuevas figuras criminales,¹⁶ además de sancionar conductas prodrómicas, prevén específicamente, como elemento constitutivo, el dolo específico,¹⁷ el que puede añadirse a cualquier figura de delito, según lo dispuesto por el artículo 1 l. n. 15/1980, con el cual ha sido introducida una agravante general de finalidad de terrorismo o de eversión.¹⁸

de una interpretación homogénea de las normas antiterrorismo cf. Giuseppe Frigo, “Uno strumento senza efficacia diretta”, *Guida al Diritto*, n.º 19, Milán: 2005, p. 88.

¹⁵ Tal criterio hermenéutico viene propuesto por Manna, o. cit., p. 51.

¹⁶ En el derecho vigente son numerosas las figuras típicas de tutela anticipada. La norma seguramente más importante, que constituye la novedad más significativa de la reforma de 2001, es el artículo 270 *bis* (introducido por el artículo 3 l. 15/198’ y modificado por el artículo 1 de la ley n.º 438/2001, de conversión del decreto ley n.º 374/2001); luego, el artículo 270 *ter* CP que incrimina la asistencia a los asociados, introducido por el artículo 1 *bis*. Otro texto fundamental es el decreto ley de 27 julio de 2005, n.º 144, convertido en ley de 31 de julio de 2005, n.º 155, que introduce los artículos 270 *quater* y *quinqües* CP, que se refieren, respectivamente, al enrolamiento y el entrenamiento de actividades orientadas al terrorismo internacional. Este texto introduce también el artículo 270 *sexies* CP, que se refiere a la definición de las conductas con finalidad de terrorismo y está destinado a asumir una importancia central en sede de aplicación de las diversas figuras caracterizadas por esta finalidad.

Hay que mencionar también el artículo 479 *bis* CP (*Posesión y fabricación de documentos de identificación falsos*), que constituye un delito de sospecha, y la agravante del artículo 414.4 CP, para instigación a delinquir y apología, según la cual, fuera de los casos del artículo 302 CP, “si la instigación o la apología de los incisos precedentes se refiere a delitos de terrorismo o crímenes contra la humanidad, la pena se aumentará a la mitad” y, finalmente, el agravamiento de la pena del artículo 5 de la ley de 22 mayo 1975, n.º 152, “para quien toma parte en manifestaciones públicas, desarrolladas en lugares públicos o abiertas al público, haciendo uso de cascos protectores o con el rostro total o parcialmente cubierto mediante la utilización de cualquier medio apto para dificultar el reconocimiento de la persona”.

¹⁷ Con esta terminología se hace referencia a los tipos que denotan una finalidad ultratípica, o bien a elementos subjetivos de lo injusto. Se trata en particular, además de las figuras de asociación con finalidad de terrorismo internacional o de subversión del orden democrático (artículo 270 *bis* CP), de los delitos de secuestro de persona con finalidad de terrorismo y de eversión (artículo 289 *bis* CP), de atentado con finalidad de terrorismo y de subversión (artículo 280 CP), de actos de terrorismo con mecanismos explosivos o catastróficos (artículo 280 *bis* CP), de enrolamiento con finalidad de terrorismo internacional (artículo 270 *quater* CP) y de entrenamiento con finalidad de terrorismo internacional (artículo 270 *quinqües* CP).

¹⁸ Dispone la norma citada: “Para los delitos cometidos con finalidad de terrorismo o de subversión del orden democrático, sancionados con pena distinta a la de presidio perpetuo, la pena será aumentada a la mitad, salvo que

2.2. La última reforma: el decreto ley 7, del 18 de febrero 2015

Con el decreto ley de 18 de febrero de 2015¹⁹ ha sido nuevamente reformada la normativa contra el terrorismo. Con esta enmienda el legislador vuelve a intervenir en materia sustancial y procesal. Estas modificaciones también adquieren relevancia desde la específica perspectiva de la anticipación de la tutela penal, porque están orientadas a incriminar fases meramente preparatorias respecto de los actos de terrorismo y buscan sancionar a aquellos sujetos (los llamados lobos solitarios) que operan fuera de asociaciones criminales.²⁰

Entre las principales novedades de carácter sustancial destaca, ante todo, la introducción de un inciso en el artículo 270 *quater* CP, relativo al reclutamiento con finalidad de terrorismo, incluso internacional. La nueva disposición prevé:

Fuera de los casos mencionados en el artículo 270 *bis*, y salvo el caso de entrenamiento, la persona reclutada será sancionada con pena de reclusión de cinco a ocho años.²¹

la circunstancia sea elemento constitutivo del delito". Dicha formulación, particularmente amplia e indeterminada, pronto ha inducido a parte de la doctrina a denunciar el peligro de una aplicación excesivamente extensa de la agravante: el dato legislativo podía, de hecho, conducir a un aumento de pena —muy significativo— aun por comportamientos que, a pesar de ser animados desde un punto de vista subjetivo por las finalidades indicadas en la norma, se presentaban en el aspecto objetivo como absolutamente inidóneas para la obtención de las mismas finalidades. Para excluir esta posibilidad de excesiva subjetivización, diversos autores han sostenido la necesaria limitación del campo de aplicación de la agravante en cuestión solo a los hechos que evidencien una capacidad objetiva de terrorismo y de eversión. Frente a la introducción del requisito objetivo de la potencialidad de causación de un "grave daño al país o a una organización internacional", el denunciado peligro es significativamente atenuado, y hoy debe considerarse fuera del ámbito aplicativo de la agravante, privada de una concreta y objetiva dimensión ofensiva.

¹⁹ Cf. el decreto ley de 18 de febrero 2015, n.º 7, "Medidas urgentes contra el terrorismo, incluso de carácter internacional y también prórroga de las misiones internacionales de las Fuerzas Armadas y de policía, iniciativas de cooperación para el desarrollo y sustento de los procesos de reconstrucción y participación de las iniciativas de las organizaciones internacionales para la consolidación de los procesos de paz y estabilización", en *Gazzetta Ufficiale*, 19 de febrero de 2015; el 15 de abril de 2015 el Senado ha aprobado definitivamente la ley de conversión de este decreto, cf. ley del 17 de abril 2015, n.º 43, en *Gazzetta Ufficiale*, 20 de abril de 2015.

²⁰ Así, el proyecto de Ley de Conversión (n.º 2893), p. 6. Sobre las modificaciones introducidas cf. Francesco Viganò, "Pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* il nuovo decreto legge in materia di contrasto al terrorismo", *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 de febrero de 2015; Sergio Colaiocco, "Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015", *Archivio Penale Web*, n.º 1, 2015, pp. 1 ss.; ídem, "Nuove norme antiterrorismo e principio di libertà: quale equilibrio", *Archivio Penale Web*, n.º 2, 2015, p. 1; Antonio Cavaliere, "Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015", *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, pp. 1 ss.; Roberto Wenin, "L'addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal d.l. 7/2015. Una riflessione comparata sulle tecniche di descrizione della fattispecie muovendo dalla sentenza del Bundesgerichtshof tedesco StR 243/13", *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, en particular pp. 12 ss.

²¹ La pena prevista originalmente por el decreto ley (de tres a seis años) ha sido aumentada por la Ley de Conversión.

Con esta previsión se pune, por tanto, a la persona reclutada, que hasta hoy estaba exenta de pena, salvo en los casos en que la conducta del reclutado integre el delito de participación en una asociación con finalidad terrorista al tenor de lo previsto en el artículo 270 *bis* CP.

En consecuencia, la norma contiene penas menos severas que las previstas para el reclutador (ya sancionado, en los términos del primer inciso, con la reclusión de siete a quince años), no solo para los sujetos que hayan adquirido la capacidad técnica con finalidades terroristas —el entrenado—, sino también la sola circunstancia de reclutarse. Sin embargo, el riesgo, dada la absoluta indeterminación del término *reclutamiento* y ante la ausencia de una definición de la conducta (contenida, en cambio, en las fuentes internacionales), consiste en considerar suficiente para la configuración del tipo penal incluso un mero compromiso verbal.

Otra modificación que cabe mencionar es la introducción *ex novo* del artículo 270 *quater*, 1, CP, relativo a la “organización de traslados con finalidad terrorista”. Ejecutando una *Resolución del Consejo de Seguridad*,²² esta disposición prevé:

Fuera de los casos de los artículos 270 *bis* y 270 *quater*, quien organice, financie o promueva viajes al extranjero destinados a la ejecución de conductas con finalidad terrorista reguladas en el artículo 270 *sexies* será sancionado con la reclusión de cinco a ocho años.

Incluso en este caso, con la ley de conversión del decreto, ha sido aumentada la pena (originalmente de tres a seis años) y añadida la referencia al territorio extranjero en cuanto concierne a los viajes (la formulación anterior permitía la sanción de desplazamientos dentro del territorio nacional).

El recurso a la técnica de la tutela anticipada es del todo evidente. En efecto, la conducta material alternativa consiste, en primer lugar, en *organizar*, es decir, predisponer cuanto sea necesario para la ejecución del viaje (para sí o para otros); en segundo lugar, en *financiar*, esto es, procurar los medios necesarios para el viaje, y, en tercer lugar, en *promover*, es decir, influir u orientar hacia la elección de efectuar un viaje con las finalidades sancionadas por la norma. Se aprecia que el tipo penal está construido en términos tales que una doble finalidad debe caracterizar la conducta (“destinados a la ejecución de conductas con finalidad terrorista”).

²² Cf. el artículo 6 de la resolución de las Naciones Unidas n.º 2178, de 24.9.2014.

A partir de la jurisprudencia de la corte de Casación en materia de entrenamiento con finalidad terrorista, se puede considerar que el dolo específico exigido por la norma contribuye a describir el hecho típico como un delito de peligro concreto, con la consecuencia de que la conducta realizada deberá ser idónea para hacer el viaje con los fines señalados, con todos los problemas probatorios asociados.

Además, se modificó el artículo 270 *quinquies* CP, relativo al “Entrenamiento para actividades con finalidades de terrorismo incluso internacional”. La modificación introduce la posibilidad de sancionar a:

[...] la persona que habiendo adquirido, incluso de forma autónoma, la instrucción para la ejecución de los actos [...] realiza comportamientos unívocamente destinados a la comisión de las conductas del artículo 270 *sexies*. Las penas previstas por el presente artículo se aumentarán si el hecho de quien entrena o instruye se comete a través de instrumentos informáticos o telemáticos.²³

En la conversión del decreto se ha añadido el término “unívocamente”, con el propósito de limitar el ámbito de aplicación de la norma respecto de conductas potencialmente neutras; además se ha limitado la aplicación de la agravante a quien entrena o instruye. Se aprecia que la norma, sin limitarse a sancionar el solo autoentrenamiento, sanciona también el simple encuentro de información, si bien exige la ejecución de comportamientos unívocamente destinados a la comisión de las conductas terroristas.

Este requisito adicional ha sido interpretado ya no como una mera proyección de finalidad, sino más bien como un elemento autónomo exigido para la integración del delito, con lo que contribuye a seleccionar las conductas penalmente relevantes.²⁴ Por lo tanto, la nueva formulación extiende la punibilidad a sujetos que antes no estaban contemplados (“quien se informa”), mientras, como se señaló, la jurisprudencia ha extendido la punibilidad a quien se autoentrena.

Sin embargo, la punibilidad de estos sujetos está condicionada a un elemento adicional. Será necesario ver el contenido que la jurisprudencia atribuirá al concepto de “comportamientos unívocamente destinados a la comisión de las conductas del artículo

²³ Cf., para un análisis y un comentario, Wenin, o. cit.

²⁴ Colaiocco, o. cit., pp. 6-7; *contra*, de hecho, Cavaliere, o. cit., p. 9, que evidencia cómo la falta de determinación de la finalidad de terrorismo volvería punible cualquier acto, incluso *in* preparatorio, si concurre la finalidad subjetiva de realizar conductas con finalidad terrorista.

270 *sexies*”. A la luz de la interpretación jurisprudencial (en particular respecto a la proyección del dolo específico en el hecho, el cual debe ser idóneo a la realización del fin),²⁵ la modificación trae consigo numerosas preguntas relativas a la coherencia con la primera parte de la norma.

La reforma del artículo 270 *quinqüies* CP, en el contexto de un aparato normativo ya fuertemente orientado a la incriminación de conductas preparatorias respecto a la comisión de los delitos *fin* de terrorismo descritos por el artículo 270 *sexies* CP, tiene una particular importancia teórica. El efecto práctico podría ser el de imponer la pena de reclusión de cinco a diez años (y, todavía más, el conjunto de medidas cautelares y precautorias) a quien, habiendo adquirido incluso autónomamente instrucción sobre el uso de armas, explosivos, técnicas de combate etc., lleva a cabo cualquier conducta subjetivamente destinada a la realización de un delito terrorista: es decir, cualquier acto preparatorio respecto a la posterior comisión (por parte suya o, al parecer, por un tercero) de dicho delito.²⁶

Como en otros ámbitos —por ejemplo, en la normativa contra el racismo y la discriminación—, el legislador introdujo agravantes en aquellos casos en que las conductas se cometen a través de medios telemáticos o informáticos, en alusión a los delitos de los artículos 302 (“Instigación a la comisión de algunos de los delitos previstos por los incisos primero y segundo”),²⁷ 414 (“Instigación a delinquir”) y, como se vio, el artículo 270 *quinqüies* CP.

En fin, esta reforma, siempre en cumplimiento de obligaciones internacionales, ha introducido dos nuevas contravenciones,²⁸ en materia de posesión abusiva de precursores de explosivos (artículo 678 *bis* CP) y de omisión de denuncia de hurtos de dicho material (artículo 679 *bis* CP), y se remite a la regulación pertinente del derecho de la Unión Europea para la definición de los precursores.

La reforma, junto con las normas sustantivas, ha añadido diversas disposiciones procesales en materia de investigación de delitos de terrorismo realizados mediante el

²⁵ Así Wenin, o. cit., p. 15; cf. también las reflexiones del autor en las páginas que siguen (15-18). Cf. también Colaiocco, o. cit., p. 8.

²⁶ Así Francesco Viganò, “Publicato sulla Gazzetta Ufficiale il nuovo decreto legge in materia di contrasto al terrorismo”, *Diritto Penale Contemporáneo*, 2015.

²⁷ Se trata de los delitos contra la personalidad internacional o interna del Estado, previstos por el título I del libro II del Código Penal.

²⁸ En sentido crítico, sobre considerar estas conductas como contravenciones, cf. Colaiocco, o. cit., p. 10.

instrumento informático, además de la transformación del procurador nacional antimafia también en procurador nacional antiterrorismo. Otras modificaciones han sido introducidas en el Código Antimafia (decreto legislativo 159/2011).

3. La jurisprudencia relevante: análisis de algunos aspectos problemáticos

La jurisprudencia en materia de terrorismo ha mostrado una constante incomodidad frente a estas figuras estructuradas según un modelo de anticipación de la tutela penal sustancial, el cual afecta, en particular, a los principios de ofensividad y taxatividad.

Parece importante examinar algunas decisiones no solo porque la jurisprudencia siempre ha buscado intervenir en defensa de los principios fundamentales del derecho penal con una interpretación constitucionalmente orientada y, por tanto, en clave limitativa respecto de tipos potencialmente feroces, sino también por la importancia que ella puede asumir en la interpretación de otras hipótesis delictivas construidas de este modo.

3.1. El artículo 270 bis CP como delito de peligro: los intentos de la jurisprudencia hacia una interpretación orientada constitucionalmente

Un tema abordado por la jurisprudencia italiana concierne a la identificación de un criterio a partir del cual quepa ponderar la anticipación de la punibilidad en el delito de asociación subversiva y terrorista; figura criminal cuya punibilidad recae sobre actos preparatorios en razón de la necesidad de perseguir los comportamientos previos a la ejecución de los actos violentos.

En efecto, el tipo penal previsto por el artículo 270 *bis* CP contempla la conducta de asociarse con la previsión de un doble dolo específico, a saber: la finalidad mediata de terrorismo o subversión y el fin inmediato de ejecutar actos de violencia, dirigidos contra personas o cosas, que sirvan de medio en función del objetivo perseguido. El tipo penal destaca por el desequilibrado predominio de elementos de naturaleza puramente subjetiva en una materia de por sí tutelada por el artículo 18 de la Constitución, que garantiza la libertad de asociación, en particular, la que persigue fines políticos.

La estructura del delito previsto en el artículo 270 *bis* CP contiene, además de una conducta en sí misma neutra y, de hecho, tutelada constitucionalmente, la finalidad inmediata de la ejecución de actos violentos dirigidos contra personas o cosas que sirven de medio respecto del objetivo final que se exige en el momento de que se trate. Por lo tanto, es evidente que se trata de una figura criminal que contiene un fuerte desvalor de la intención y un débil desvalor del resultado, configurado originalmente cual exposición al peligro del orden democrático de nuestro país, y que hoy también se ha extendido a la tutela de los Estados extranjeros.

Ante tal adelantamiento del umbral de punibilidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia ampliamente mayoritaria han intentado dar con criterios válidos que permitan comprobar concretamente los elementos de peligrosidad de los actos que se pongan en marcha. De este modo, se ha señalado que una lectura orientada constitucionalmente y que asegure al mismo tiempo mayor adhesión al principio de ofensividad²⁹ debe conducir a “una interpretación rigurosa de la comprobación de los elementos constitutivos del delito, que impida la intromisión en ámbitos tutelados constitucionalmente y evite atraer en el área del ilícito penal conductas y acciones expresivas de subversión o de oposición al orden democrático no vinculadas a métodos violentos”.³⁰ En la línea de una exigencia de lesividad concreta —en este caso, del acto de asociarse—, la jurisprudencia constitucional y de casación ha considerado como requisito necesario, con la finalidad de integrar este delito, la existencia, por parte de la asociación, de un plan criminal *serio, concreto y actual*, que vaya más allá del mero intercambio ideológico,³¹ que debe ser reflejo objetivo del dolo específico inmediato constituido por el propósito de cometer actos violentos.³²

La Corte de Casación, con una orientación constante y que se ha mantenido en las decisiones que siguieron a la modificación de la disposición, ha señalado en otras ocasiones la necesidad de que el *pactum scelerum*, característico de la organización, se traduzca en un plan de violencia concreto que vaya más allá del mero intercambio ideológico.

²⁹ Este principio básico debe operar como el cimiento de una concepción constitucionalmente orientada del delito.

³⁰ Así, *cassazione penale* 8.5.2009.

³¹ Respecto de las conductas irrelevantes, adhiere a este enfoque Viganò: *Cassazione Penale*, n.º 10, 2007, p. 3969.

³² Cf., por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional del 1.2.1982 o, en la idéntica dirección, las decisiones de la Corte de Casación. Entre las sentencias post 2001, cf. *cassazione penale* 11.10.2006, cit., y *cassazione penale* 10.7.2007.

Parece útil citar, por ejemplo, la sentencia 1072/2007, muy significativa, donde se señala:

Si es verdad que la norma penal castiga el solo hecho de la constitución de la asociación, independientemente de la ejecución de los actos criminales contenidos en el plan y que son instrumentales a la finalidad perseguida, también es cierto que la estructura de la organización debe presentar un grado tal de efectividad como para, al menos, hacer posible la aplicación del plan criminal y para justificar, de ese modo, la valoración legal de la peligrosidad. De lo contrario, la anticipación de la represión terminaría por atacar, mediante la cobertura del delito de asociación, el mero hecho de la adhesión a una ideología abstracta.³³

En términos concretos, el requisito de la actualidad del plan criminal de violencia se traduce en la necesidad de encontrar, al menos, la existencia de una serie de actos que se presenten como preparatorios respecto de la perpetración de los delitos para los que la asociación se ha constituido (o, en la casuística examinada por la reciente jurisprudencia italiana, de una organización relacionada más vasta, operativa a escala internacional): así, por ejemplo, el reclutamiento de “soldados”, el envío de sumas de dinero o la fabricación de documentos falsos. En cambio, precisamente en virtud de este requisito, la valoración siempre deberá concluir la irrelevancia penal cuando de las pruebas emerjan conductas que solo se dan en un plano meramente subjetivo, como actos de proselitismo, de difusión de material propagandístico o de frecuentar ambientes extremistas.³⁴

Vinculado estrechamente a este aspecto, en alusión a la envergadura de la ofensividad en concreto de la conducta asociativa incriminada, está el problema de la idoneidad de la organización para alcanzar el propósito terrorista o subversivo.

Aunque la norma incriminadora no lo reconoce expresamente como requisito, tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia tienden a considerarlo necesario a los fines de la integración del tipo, excluyendo del área de lo penalmente relevante las hipótesis de organizaciones que, por la escasez de los medios a su disposición, son *a priori* del todo inidóneas para alcanzar los objetivos finales de carácter terrorista.³⁵

³³ *Cassazione penale* 11.10.2006, cit. En términos idénticos, *cassazione penale* 10.7.2007. Antes de la reforma, véase en este sentido *cassazione penale* 7.4.1987, disponible en CED Cass. Rv n.º 176516.

³⁴ En este sentido, Francesco Viganò, “Terrorismo di matrice islamico-fundamentalista e art. 270 CP nella recente esperienza giurisprudenziale”, *Cassazione Penale*, n.º 10, Milán, 2007, p. 3969.

³⁵ La sentencia *cassazione penale* 10.7.2007 hizo suya esta orientación.

Por lo tanto, la idoneidad en concreto excluye del terreno de los comportamientos punibles aquellas organizaciones que, por la exigüidad de sus medios o la absoluta desproporción de sus designios, no estén en condiciones de alcanzar los objetivos terroristas o subversivos, pese a su declaración ideológica.

Como ha afirmado la Corte de Casación, aunque no se exija la realización de los delitos que forman parte del plan criminal (violentos, con fines terroristas o subversivos), en nombre de la autonomía del delito de asociación, se requiere —obviamente, con la correspondiente demostración probatoria— tanto un plan, concreto y actual, de actos de violencia con fines terroristas o de subversión del orden democrático, como una asociación que tenga una estructura organizada, elemental, dotada de caracteres de estabilidad y permanencia y que se configure en un grado tal de efectividad que haga factible la ejecución del plan.

La insistencia respecto a la necesidad de que la organización presente un “grado de efectividad tal de hacer al menos posible la ejecución del proyecto criminal” parece exigir, amén del necesario cumplimiento de actos preparatorios respecto a la ejecución del plan de violencia, la idoneidad para lograr los propósitos finales de la asociación.

Sin embargo, hay que decir que la clave hermenéutica en cuestión está propuesta, en las sentencias invocadas, en términos sumamente abstractos y genéricos; no cuenta con una profundización relativa a las consecuencias concretas que el requisito de la idoneidad impone desde el punto de vista del compendio probatorio necesario para llegar a una valoración de relevancia penal en los términos del delito de asociación, si este fuese entendido de modo riguroso.

Desde esta perspectiva, si con la alusión a las dos finalidades terroristas típicas —intimidar a la población y constreñir al poder público a hacer o abstenerse de hacer algo— es posible llegar a una valoración concreta de la idoneidad, incluso respecto de organizaciones estructuralmente rudimentarias, pueden suscitarse notables dificultades de orden probatorio al pretender verificar la existencia de tales requisitos en las hipótesis de asociaciones movidas por finalidades de naturaleza estrictamente subversiva.

La valoración legal de la peligrosidad corresponde a la existencia de una estructura de organización idónea para la ejecución de una serie indeterminada de delitos a cuyo fin la asociación se ha constituido.³⁶

³⁶ Así, *cassazione penale* 8.5.2009, cit., que, invocando otras decisiones, reitera que incluso puede tratarse de una organización con caracteres rudimentarios, aunque con los rasgos de estabilidad y funcionamiento según objetivos

En consecuencia, una reconstrucción que vaya más allá de una noción abstracta de peligro presunto exige la necesidad de que el propósito de comisión de los actos de violencia exigidos por el dolo del tipo se caracterice por su concreción y actualidad.³⁷ La barrera que implica el requisito de la ofensividad debe ser evaluada de modo riguroso por el juez (trámite de comprobación del carácter estable de la organización y de la existencia de un plan criminal).³⁸

La interpretación del artículo 270 *bis* CP por la jurisprudencia de casación está dirigida a conferir una dimensión de ofensividad concreta a un tipo de peligro abstracto desbalanceado, en su formulación literal, sobre elementos de estructura puramente subjetiva. Esta clave de lectura, como se ha visto, ha sido mantenida con fuerza incluso en pronunciamientos recientes, en los que se la ha confrontado con los nuevos grupos del terrorismo internacional.

Desde esta perspectiva, ciertamente, también es apreciable la reciente valoración que la Corte Suprema hace de los elementos constitutivos de la figura del partícipe de la asociación terrorista-subversiva.

3.2. La sentencia 29670 de 2011: el artículo 270 *quinquies* CP como delito de peligro concreto (a doble) dolo específico

Con esta decisión, la Sexta Sección de la Corte de Casación se pronunció por primera vez sobre la estructura de la figura típica contemplada en el artículo 270 *quinquies* CP y calificó el delito de entrenamiento con finalidad de terrorismo internacional como delito de peligro concreto y con dolo específico.³⁹

previamente trazados.

³⁷ *Cassazione penale* 20.1.2010, cit., que alude a otros precedentes.

³⁸ Como demuestra la solución que ya había sido acogida por los jueces en el citado pronunciamiento de la *cassazione penale* 8.5.2009, cit.

³⁹ *Cassazione penale* 20.7.2011 (pres. y rel. De Roberto), en CED Cassazione, Rv. 250517. Cf. también el texto en *cassazione penale* 20.7.2011, en *Rivista Penale*, 2012, pp. 1002 ss. (s.m.), con nota, que comparte las conclusiones de la Corte sobre la estructura del delito, de Federico Piccichè, "Prime riflessioni della Corte di Cassazione sulla struttura del delitto di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale", *Rivista Penale*, 2012, pp. 1002-1008, con nota de Alfio Valsecchi, "L'accertamento del (doppio) dolo specifico nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo", *Cassazione Penale*, n.º 3, 2012, pp. 99 s.

Es necesario examinar brevemente el *iter* interpretativo de la Corte para poner de resalto cómo, también en este caso, la jurisprudencia busca contener y delimitar los riesgos de una excesiva anticipación de la tutela penal.

La decisión se refiere a la impugnación de una medida cautelar de prisión preventiva que viene anulada, pues el delito en examen había sido erróneamente considerado como de peligro presunto y de dolo genérico.

Tal medida había sido dispuesta contra un imán acusado del delito de los artículos 110 y 270 *quinqüies* CP, por:

[En concurso con otras tres personas, haber] recibido y entregado, con finalidad de terrorismo, entrenamiento e instrucción sobre la preparación de materiales explosivos, de armas de fuego, de objetos aptos para lesionar, sobre modalidades operativas para la ejecución de actos de violencia y sobre nociones potencialmente útiles para la organización y la ejecución de actos de terrorismo, aun a través de detalladas instrucciones sobre metodologías y técnicas de guerrilla, además sobre actos de violencia o de sabotaje de servicios públicos esenciales.

El fundamento del artículo 270 *quinqüies* CP es “identificable en la necesidad de reprimir específicos comportamientos funcionales a la preparación de verdaderos atentados”,⁴⁰ coherentemente con lo declarado en la relación de conversión en ley del decreto-ley de 27 de julio de 2005, n.º 144.⁴¹

En el plano objetivo, los jueces afirman (§ 5.2):

[...] se persigue una actividad de tipo cognoscitivo, consistente, de un lado, en el entrenamiento o en la entrega de instrucciones para la preparación o el uso de materiales explosivos, de armas de fuego, de otras armas, de sustancias químicas o bacteriológicas nocivas y peligrosas, además de cualquier otra técnica o método [...] para la ejecución de actos de violencia o de sabotaje a servicios públicos esenciales.

Según la Corte (§ 5.2):⁴²

⁴⁰ Cf. § 5.1 de la sentencia examinada.

⁴¹ Cf. <www.senato.it>.

⁴² El módulo del doble dolo específico no es aislado en la reforma del 2005 (piénsese en el artículo 270 *quater* CP, que exige siempre, según el modelo del peligro concreto, la realización del enrolamiento de una o más personas para la ejecución de actos de violencia o de sabotaje de servicios públicos esenciales y, por otra parte, la finalidad común del terrorismo (§ 5.2).

El temor de atribuir al dolo una doble relevancia resulta, de hecho, marcadamente superado por la exigencia de proteger el principio de ofensividad, basado en las finalidades correspondientes a momentos teleológicos no necesariamente relacionados, pero, de todas maneras, descomponibles y sin que sea necesario identificar entre estos un vínculo de continencia.

En el mismo párrafo continúa diciendo:

[...] la primera verificación que es necesario efectuar puede incluso prescindir del examen del otro momento subjetivo específico, aunque ello parece permear la estructura completa de la norma en examen. Todo ello utilizando un modelo correspondiente también a la previsión del precepto sucesivo, artículo 270 *sexies* CP.

Y en el § 5.3:

[...] en cuanto a la verificación de las conductas en examen: puede adherirse sin más (en ausencia de cualquier contribución jurisprudencial sobre la materia) a la opinión que reconoce el entrenamiento como caracterizado por una verdadera y propia interacción entre el entrenador y el entrenado que supondría (al menos normalmente) un contacto directo entre el primero y el segundo, según las características típicas de la actividad militar o paramilitar; entrenar es, entonces, habilitar a las actividades objeto de entrenamiento, de modo de hacer punible, cuando el entrenamiento se haya cumplido y el “recluta” se haya también convertido en un auténtico “entrenado” (artículo 270 *quinquies* CP, última parte). Esta solución resulta ser incluso constitucionalmente necesaria porque si el entrenamiento no surte el resultado querido por el entrenador, que es coautor del entrenado solo en el caso en que su obra tenga resultados positivos, la distancia respecto de la primera finalidad (objeto del primer dolo específico) haría imposible no solo el elemento psicológico, sino también la conducta típica descrita por el artículo 270 *quinquies*. El examen del segundo momento subjetivo específico revelará la modalidad ulterior de la obra de entrenamiento.

La sentencia prosigue afirmando en el § 5.4:

Las opiniones doctrinales más acreditadas en la materia [...] tienden a considerar siempre y en todo caso los delitos con dolo específico, caracterizados por la ausencia de un resultado, como hipótesis de delitos de peligro concreto, dentro de las que el objetivo perseguido debe corresponder —precisamente por el exceso del momento volitivo, aquí llamado en causa dos veces— a la idoneidad objetiva de la conducta para realizar el evento constitutivo del objetivo de la conducta. Hasta el punto de considerar que tal idoneidad (aun en la esencialidad de su base exclusivamente

finalista) constituye un requisito imprescindible para la individualización de la misma tipicidad de la conducta. En otras palabras, la consumación anticipada en los delitos de dolo específico supone, para que el hecho no se agote dentro de una figura típica en que asume una importancia exorbitante el elemento voluntad de finalidad, que subsistan actos que objetivamente dejen dicha voluntad idónea para realizar el objetivo; una exigencia metodológica necesaria porque la construcción sistemática de tales delitos postula, *per se*, solo el valor casi absorbente de la finalidad perseguida; de este modo, si tal finalidad no puede ser concretamente perseguible, pues las actividades realizadas son inidóneas a la consecución del fin, se llega a construir una figura típica de pura voluntad; con una anticipación de la consumación no reconocible en el plano de lo jurídicamente posible porque deja como imposible cualquier ofensa, no solo (que es lo que aquí interesa) bajo la idea del peligro concreto, sino también bajo la idea del peligro presunto, se construye una figura de delito caracterizada por una especie de “peligro del peligro” que, solo por eso, no puede ser verificado sino utilizando criterios de inferencia evidentemente arbitrarios.

Es más, retomando posiciones jurisprudenciales [...] relativas sobre todo al orden estructural del delito de asociación ilícita se puede afirmar que la ofensividad que justifica la superación del umbral de la consumación se encuentra en aquel *mínimum* de orden estructural que permite a la asociación operar, sin que sea, por cierto, suficiente para que la figura típica se verifique el asociarse para cometer delitos; lo que significa, en lo que se refiere a la voluntad, que la proyección de la conducta hacia un cierto resultado, si está acompañada de la concreta idoneidad para alcanzarlo, permea todo el tipo. [...] Puede decirse, desde la perspectiva de lo que el sujeto se representa, que asume un valor determinante el objeto de la finalidad que lo mueve hacia la acción que deviene típica, o si se refiere a un momento externo que pueda traducirse en el resultado específico descrito en la primera parte del artículo 270 *quinquies* CP, en el sentido de que tal resultado, aunque obviamente no debe alcanzar el umbral de la tentativa, debe sin embargo comprobar la seriedad de la acción respecto al primer fin, que se proyecta hacia el mundo externo a través de momentos concretos que corresponden a la figura típica.

La necesidad de una severa tipificación de cada momento instrumental que defina la conducta impone, por lo tanto, un diagnóstico igualmente severo acerca de la posibilidad de que aquellas conductas descritas en el artículo 270 *quinquies* puedan efectivamente realizarse no según modelos puramente descriptivos, sino concretamente idóneos en su intrínseca consistencia (determinables *ex ante*, pero sobre la base de elementos de hecho: espaciales, temporales, personales, etc.) que sean verificables por el juez de fondo en su proyección hacia el resultado representado y querido.

Concluyendo, puede entonces inferirse que, por una parte, si es el fin el momento de identificación del comportamiento que podría de otro modo no ser punible, por otro lado, es la idoneidad de los medios la que hace asumir importancia penal al fin, y en caso contrario no es concebible ofensa alguna.

En el párrafo sucesivo los jueces proceden a verificar si las conductas objeto de la valoración se caracterizan por la finalidad del terrorismo. No parece inútil recordar que, con la misma reforma con la cual ha sido introducido el artículo en examen, el legislador incorporó también el artículo 270 *sexies*, que define las conductas con finalidad de terrorismo.

El problema se refiere, nuevamente, al tema de la idoneidad de los actos (ya calificados como de entrenamiento o de instrucción) aun bajo el objetivo para realizar la finalidad ulterior, porque se reproduce igualmente el mismo déficit de ofensividad de aquella que se ha definido como finalidad instrumental. Un déficit que puede presentar mayor posibilidad de ser identificado fuera del fenómeno asociativo, dentro del cual, en cambio, el carácter asociativo asume por sí mismo una importancia funcional por la directa proyección de la conducta hacia el único dolo específico requerido por el artículo 270 *bis*.

Y agrega:

[...] a los fines de la existencia del delito del artículo 270 *bis* CP no es necesaria la realización de los delitos objeto del plan criminal, sino que es necesaria, de todos modos, la existencia de una estructura organizativa que presente un grado de efectividad tal que haga al menos posible la ejecución de tal plan y que justifique la valoración legal de peligrosidad, correlativa a la idoneidad de la estructura misma para el cumplimiento de una serie indeterminada de delitos para cuya realización la asociación se ha constituido.⁴³

La decisión que aquí se comenta, como hemos dicho, resulta particularmente importante, pues, inspirándose en una particular interpretación doctrinal acerca del dolo específico,⁴⁴ exige para la integración de la figura, según el modelo del peligro, un doble dolo específico: al igual que el artículo 270 *quater* CP, también el artículo 270 *quinquies* CP exige, por un lado, la culminación del entrenamiento o de la entrega de informaciones para la ejecución de actos violentos o de sabotaje de servicios públicos esenciales y, por otro lado, “la finalidad común de terrorismo”.

Para la finalidad perseguida, debe corresponderse —precisamente por el exceso del momento volitivo, aquí dos veces llamado en causa— con la objetiva idoneidad de la conducta a realizar

⁴³ Cf. *cassazione penale* 22.4.2008.

⁴⁴ Cf. Picotti, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milán: Giuffrè, 1993, según el cual el dolo específico se refleja en la objetividad de la conducta realizada.

el evento constitutivo del objetivo de la conducta. Al punto de considerar que tal idoneidad (aun en la esencialidad de su base exclusivamente en el fin) constituye un requisito imprescindible para la individualización de la misma tipicidad de la conducta. En otras palabras, la consumación anticipada en los delitos de dolo específico supone, para que el hecho no se agote en de una figura típica en que asume una importancia exorbitante el elemento voluntario de la finalidad, que existan actos que objetivamente dejen dicha voluntad idónea para realizar el objetivo.

Es el fin que absorbe el desvalor de la conducta, la voluntad de utilizar todo lo aprendido para las finalidades indicadas en la norma que justifique la punición del entrenado; si no existe, se corre el riesgo de punir una conducta “neutra”. Por otro lado, es “la idoneidad de los medios la que asume importancia penal al fin, no pudiéndose, en caso contrario, concebir ofensa alguna” (§ 5.4).

Según la Corte, las conductas informativas o de entrenamiento deben ser concretamente idóneas para colocar al entrenado en condiciones de asumir las informaciones y realizar las ulteriores finalidades de terrorismo. En el mismo parágrafo afirma:

La construcción sistemática de tales delitos postula, *per se*, solo el valor casi absorbente de la finalidad perseguida; de este modo, si tal finalidad no es concretamente perseguible, pues las actividades realizadas son inidóneas a la consecución del fin, se llega a construir una figura típica de pura voluntad; con una anticipación de la consumación no reconocible en el plano de lo jurídicamente posible porque no podría ser realizada cualquier otra ofensa.

Y ello en homenaje al principio de ofensividad.⁴⁵

La primera finalidad tiene una función meramente instrumental respecto a la segunda finalidad de terrorismo.⁴⁶

Buscando sintetizar: a) la Corte confirma una orientación restrictiva que se orienta en el respeto del principio de ofensividad, límite negativo de la tutela penal, y b) a través

⁴⁵ Cf. § 5.6, en el cual se afirma: “[...] el problema se refiere, nuevamente, al tema de la idoneidad de los actos (ya calificados como de entrenamiento o de instrucción aun bajo la idea del fin) para realizar la finalidad ulterior, reproduciéndose igualmente el mismo déficit de ofensividad de aquella de la que se ha definido como finalidad instrumental. Un déficit que puede presentar una mayor posibilidad de ser identificado fuera del fenómeno asociativo, dentro del cual, en cambio, la asociación asume por sí una importancia funcional para la directa proyección de la conducta hacia el único dolo específico requerido por el art. 270 *bis*”.

⁴⁶ Cf. § 5.5 de la sentencia, según el cual: “[...] la finalidad de terrorismo respecto a las cuales el primero viene a configurarse como finalidad instrumental en cuanto es condición misma para que la figura típica pueda decirse realizada en su primera parte. Un examen necesario [...]”.

de la verificación de un doble dolo específico contribuye a tipificar el hecho delictivo.⁴⁷ En otros términos, el dolo específico debe reflejarse en la objetividad de la estructura; es una característica modal que debe caracterizar la conducta, que debe constituir una proyección externa de esta finalidad.⁴⁸

3.3. La represión del disenso político y el delito de terrorismo: la sentencia del 27 de junio 2014, n.º 28009

En esta materia, cabe destacar una sentencia de la Corte de Casación⁴⁹ en la que por primera vez se define, de manera rigurosa, la finalidad de terrorismo (relevante en los términos del artículo 270 *sexies* CP), y que busca delimitar dicha noción en resguardo de los principios constitucionales de taxatividad y ofensividad.⁵⁰ Dicha sentencia, que trata más en general el tema de la represión del disenso político como terrorismo, es la primera de la Corte de Casación que interviene sobre la aplicación de los tipos penales de los artículos 280 CP (“Atentado con finalidad terrorista o de eversión”) y 280 *bis* CP (“Acto de terrorismo con artefactos mortales o explosivos”), precisa, como se señaló, la noción de “finalidad de terrorismo”. Por tanto, con este pronunciamiento, la Sexta Sección de la Corte de Casación limita la indeterminación del tipo, muy peligroso por-

⁴⁷ Para una diversa interpretación de la estructura del artículo 270 *quinquies* CP, para quien constituiría una figura de dolo genérico, cf. *cassazione penale* 12.7.2011, pres. Chieffi, rel. Siotto, en CED Cassazione, Rv. 251363. Cf. nota de Federico Piccichè, “Il problema del dolo nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale, due sentenze a confronto”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, se ha llegado a excluir *tout court* la necesidad de un dolo específico, considerando la figura que se comenta punible a título de dolo genérico, en el entendido de que la finalidad de terrorismo vendría a contemplar los actos de violencia y sabotaje de servicios públicos (contra: *cassazione penale* 29670/2011, cit., que, como he evidenciado, exige un doble dolo específico).

⁴⁸ Comparte tal interpretación de la Corte también Piccichè, “Il problema...”, cit., § 3, según el cual “el doble dolo específico, además, trae consigo la indudable ventaja de pretender que la conducta sea en concreto idónea, con base en una valoración *ex ante*, para realizar las dos finalidades descritas en la norma. No basta, en otras palabras, que el agente quiera entrenar o proveer instrucción para el cumplimiento de actos de violencia o de sabotaje de servicios públicos esenciales de un país con finalidades terroristas; es necesario que la conducta realizada presente un cierto grado de seriedad en concreto. La voluntad y la peligrosidad efectiva de la conducta deben constituir un binomio indisoluble, que no puede faltar jamás para una correcta aplicación de la norma. Si la conducta no fuese en concreto temible se puniría la simple voluntad y esto sería contrario a un derecho penal moderno, que opera siempre partiendo de un hecho que debe ser efectivamente lesivo o peligroso para la integridad de un bien jurídico”.

⁴⁹ *Cassazione penale* 15.5.2014.

⁵⁰ Cf. para un comentario Stefano Zirulia, “No Tav, la Cassazione fissa i parametri interpretativi in merito alle condotte di attentato ed alla finalità di terrorismo”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014; Roberta Barberini, “La pronuncia della cassazione sulla natura degli attentati dei NO TAV”, *Questione Giustizia*, 2014.

que en cuanto indeterminado era susceptible de ser utilizado para sancionar conductas carentes de una concreta ofensividad. En el caso objeto de la sentencia, la Corte debía pronunciarse sobre una decisión del tribunal de Turín, en función de juez del *Riesame*, que había confirmado la medida cautelar de prisión preventiva contra sujetos pertenecientes al conocido movimiento No TAV,⁵¹ acusados de atentado con finalidad terrorista o de eversión (artículo 280, 1 y 3 CP)⁵² y de acto de terrorismo con artefactos mortales o explosivos (artículo 280 *bis*, incisos 1, 2 y 4 CP) por haber asaltado una cantera entre el 13 y 14 mayo 2013. Con esta decisión la Corte de Casación anuló parcialmente la decisión del tribunal.

En este caso, la Casación ha considerado que no ha sido adecuadamente comprobada la concurrencia de la finalidad de terrorismo.⁵³ Mediante una compleja argumentación afirma que esta finalidad debe materializarse en una acción concretamente idónea para alcanzar alguno de los propósitos señalados en el artículo 270 *sexies* CP —o sea, intimidar a la población, constreñir a los poderes públicos a ejecutar o abstenerse de ejecutar cualquier acto, desestabilizar o destruir las instituciones políticas fundamentales, creando de este modo el peligro de un daño grave al país—.⁵⁴

De este modo, la Corte delimita la finalidad de terrorismo a través del elemento del grave daño, en sintonía con la sentencia relativa al entrenamiento al terrorismo (véase *supra*), según la que es necesaria una dimensión objetiva del dolo específico, es decir,

⁵¹ Con la fórmula No TAV se hace referencia a un movimiento de protesta nacido en Italia durante la década de 1990, organizado por diferentes grupos unidos por la oposición a la construcción de una nueva línea ferroviaria de alta velocidad (conocida como TAV, del italiano *treno ad alta velocità* ("tren de alta velocidad") entre las ciudades de Lyon (Francia) y Turín (Italia), especialmente a su paso por el valle de Susa, situado al oeste de la región italiana de Piemonte. Al respecto de la historia de este movimiento y sobre las críticas al proyecto de alta velocidad, cf. Livio Pepino y Marco Revelli, *Non solo un treno... La democrazia alla prova della Val Susa*, Turín: Gruppo Abele, 2012.

⁵² Artículo 280 CP (Atentado con finalidad terrorista): "Quien con finalidad de terrorismo o subversión del orden democrático atente contra la vida o incolumidad de una persona, será sancionado, en el primer caso, con reclusión no inferior a veinte años y, en el segundo caso, con reclusión no inferior a seis años"; artículo 280 *bis* CP (Acto de terrorismo con artefactos explosivos): "Salvo que el hecho constituya un delito más grave, quien con finalidad de terrorismo ejecute cualquier acto dirigido a dañar cosas muebles o inmuebles de otro, mediante el uso de explosivos o en cualesquiera casos mortales, será penado con la reclusión de dos a cinco años".

⁵³ Según la Corte, no es admisible "la distorsión de calificar como terrorista cada delito políticamente motivado"; coherente con esta interpretación, la subversión penalmente relevante es exclusivamente aquella que "busca la subversión de los principios fundamentales que inspiran el núcleo intangible de la estructura del ordenamiento".

⁵⁴ La finalidad de constreñir (en los términos del artículo 270 *sexies* CP) al poder público a realizar u omitir un determinado comportamiento, en lo que aquí interesa, debe perseguirse mediante de un acto "idóneo para crear una grave lesión de los intereses afectados (por ejemplo, el tranquilo desarrollo de la vida pública, el ejercicio del poder público, la estabilidad y la existencia misma de las instituciones de una sociedad plural y democrática)".

que la voluntad tenga una proyección en la realidad. Una condena por “finalidad de terrorismo” exige la concurrencia de un “grave daño” para el Estado y que sea “creada una posibilidad apreciable de renuncia por parte del Estado a la prosecución” —en este caso, de realizar la línea de alta velocidad—. En opinión de los jueces, por lo tanto, no es suficiente la intención, el fin de daño, sino que la conducta debe crear la posibilidad de que ese daño se verifique (las conductas deben por tanto ser concretamente idóneas). En consecuencia, se trata de un resultado de peligro concreto que tiene que ser objeto de una ponderación según la tesis de la prognosis póstuma. En particular, en alusión a la idoneidad del acto —afirma la Corte—, esto debe crear actual y concretamente el riesgo de que se inflija un daño grave para el país, y ese daño tiene que ser la consecuencia de la específica calidad y finalidad de la acción considerada, independientemente de que consista o no en la realización del fin perseguido por el autor.

En virtud de esta interpretación, para seleccionar las conductas con finalidad de terrorismo es preciso considerar conjuntamente tres elementos: la “escala” y la decisión potencialmente impuesta al poder público, que debe ser particularmente importante y capaz de influir en las condiciones de la vida asociada;⁵⁵ la macrodimensión del resultado, evidenciada por la interferencia entre “constreñir” y “daño grave”,⁵⁶ y la ilegitimidad del método utilizado para perseguir el fin de constreñimiento.⁵⁷

Esto se advierte muy claramente en los pasajes sucesivos. De hecho, en línea con esta interpretación, los jueces han considerado, en general, fundados los recursos de los imputados con relación a la existencia, en el caso concreto, de la finalidad de terrorismo o de evasión.

A la luz del *iter* argumentativo sintetizado, la Corte ha considerado que la connotación terrorista del asalto a la cantera no puede ser eficazmente comprobada. La medida impugnada, por lo tanto, resultaba carente de motivación debido a la ausencia de elementos indiciarios, de falta de concurrencia de la finalidad de terrorismo y, en fin, de la falta de idoneidad de la acción que debe ser valorada con referencia al riesgo de que se determine el macroresultado para el país. A este propósito, la Casación exige al juez competente “verificar si existe [...] una apreciable posibilidad de renuncia del Estado a la prosecución de la obra TAV, de un grave daño que esté efectivamente relacionado con

⁵⁵ Cf. p. 25 de la sentencia.

⁵⁶ Cf. p. 26 de la sentencia. En virtud de esta interpretación, quedan, en cambio, excluidos del ámbito de aplicación de la norma los daños meramente patrimoniales.

⁵⁷ Cf. p. 26 de la sentencia.

dicha renuncia o, en cualquier caso, la acción indebidamente destinada a ese fin” (p. 42 de la sentencia).

Esta argumentación impone una ponderación rigurosa de la efectiva potencialidad lesiva de la conducta, en coherencia con los principios de taxatividad y ofensividad y con la doctrina conforme a la cual constituye un requisito de todos los delitos que exigen un dolo específico la idoneidad de la conducta para realizar el fin perseguido.⁵⁸

4. Conclusiones

El cuadro que emerge del análisis de la normativa antiterrorismo en el ordenamiento italiano muestra la presencia, desde la primera fase, de una vasta serie de figuras de tutela anticipada y asociativas.

Una sustancial continuidad entre la primera y la segunda fase (pre y pos-2001) marca la historia legislativa en este ámbito: la utilización de los instrumentos no cambia de carácter (expansión del momento preventivo, también con la introducción de nuevos delitos asociativos que anticipan la consumación, la adopción de un régimen procesal especial para la ejecución en cárceles de máxima seguridad y un sistema premial para quien colabora procesalmente y se separa de la asociación).

Aun los hechos espantosos del 2001 y los sucesivos hechos sangrientos de Madrid y Londres, así como los recientes atentados en París, no han traído consigo, al menos formalmente, suspensiones de las garantías jurisdiccionales ni la introducción de institutos que abiertamente contradicen las principales garantías del derecho penal sustantivo.

Por cierto, respecto de la primera fase hay que recordar que desde 2001 en adelante son las fuentes internacionales las que establecen obligaciones de incriminación para los Estados. También en tales instrumentos se encuentran diversas hipótesis de tutela anticipada y numerosas figuras asociativas. A pesar de las elecciones de adecuación efectuadas

⁵⁸ Además de la conformidad con tales principios (pp. 26-27 de la sentencia), la sentencia evidencia que dicha interpretación del artículo 270 *sexies* CP corresponde al panorama que se advierte en las fuentes internacionales y cuya recepción esta norma representa (pp. 28-30 de la sentencia). Esta decisión se hace cargo de otro aspecto relevante, a propósito del delito de atentado: según la Corte, aunque no lo señale de forma explícita, la idoneidad y la univocidad del acto (junto con su corolario de la incompatibilidad con el dolo eventual) constituyen parte esencial de dichos tipos penales, como consecuencias relevantes del principio de ofensividad y como condición necesaria para la taxatividad del tipo (p. 33 de la sentencia).

en cada ordenamiento, estos delitos presentan un elevado grado de indeterminación, rasgo ciertamente intrínseco a las figuras asociativas, también derivado de las dificultades de reconstruir la finalidad de terrorismo en un contexto internacional multicultural y, por tanto, mucho más complejo.

No obstante el comportamiento del legislador italiano después de 2001, las intervenciones correctivas en sentido garantista de la jurisprudencia, en el marco del perímetro semántico de las disposiciones, y el carácter relativamente esporádico de los procesos en cuestión, han limitado hasta hoy las posibles violaciones de los principios constitucionales a las que podría conducir la anticipación de la tutela. El sistema italiano parece entonces todavía equilibrado, gracias a la marginalidad de las figuras examinadas y a las interpretaciones de los jueces, orientadas a reducir el espacio de tensión con los principios constitucionales.

Bibliografía

- ALBANELLO, Cesare, “Misure urgenti per la tutela dell’ordine democratico e della sicurezza pubblica”, *Giurisprudenza di Merito*, n.º I, Milán, 1981, pp. 276-291.
- BARAZZETTA, Aurelio, “Artt. 414-421”, en Emilio DOLCINI y Giorgio MARINUCCI, *Codice penale commentato*, vol. II, Ipsoa, 2011, pp. 4156-4188.
- BARBERINI, Roberta, “La pronuncia della cassazione sulla natura degli attentati dei NO TAV”, *Questione Giustizia*, 2014.
- BARTOLI, Roberto, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Turín: Giappichelli, 2008.
- “Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale”, en Massimo MECCARELLI, Paolo PALCHETTI y Carlo SOTIS (dirs.), *Le regole dell’eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata: Università di Macerata, 2011, pp. 169 ss.
- CAVALIERE, Antonio, “Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, pp. 1-13.
- CENTONZE, Alessandro, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milán: Giuffrè, 2008.
- CENTRO DI INIZIATIVA LUCA ROSSI (AA. VV.), *Libro bianco sulla legge Reale*, Milán: Centro di Iniziativa Luca Rossi, 1990.
- CERQUA, Luigi Domenico, “La nozione di ‘condotte con finalità di terrorismo’ secondo le fonti internazionali e la normativa interna”, en Cristina DE MAGLIE y Sergio SEMINARA, *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padua: Cedam, 2007, 55-124 ss.

- CIVELLO, Gabriele, "Armi ed esplosivi. L. 2.10.1967, n. 895", en Mauro RONCO, Salvatore ARDIZZONE y Bartolomeo ROMANO, *Codice penale ipertestuale. Leggi complementari*, Turín: Utet, 2007, pp. 221-297.
- COLAIOCCO, Sergio, "Nuove norme antiterrorismo e principio di libertà: quale equilibrio", *Archivio Penale Web*, n.º 2, 2015, p. 1.
- "Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015", *Archivio Penale Web*, n.º 1, 2015, p. 112.
- DALIA, Andrea Antonio, *Le nuove norme di contrasto al terrorismo. Commento al Decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 convertito, con modificazioni, nella Legge 31 luglio 2005, n. 155 ed integrato dal Decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, nella Legge 21 febbraio 2006, n. 49 e sintesi dei lavori parlamentari*, Milán: Giuffrè, 2006.
- DE FRANCESCO, Giovannangelo, en *Legislazione Penale*, Nápoles, 1981, pp. 52-80.
- DONINI, Massimo, "Il diritto penale di fronte al nemico", *Cassazione Penale*, n.º 2, 2006, pp. 735-777.
- "Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico", en Roberto KOSTORIS y Renzo ORLANDI, *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Turín: Giappichelli, 2006, pp. 19-73.
- "Lo status di terrorista, tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l'uso del diritto come arma?", en Sergio MOCCIA, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. 85-108.
- FASANI, Fabio, "Premesse ad uno studio sulle strutture del terrorismo islamico e sulle categorie del reato associativo", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n.º 4, Turín, 2011, pp. 1675-1784.
- FERRAJOLI, Luigi, *Delitto politico, ragion di Stato e Stato di diritto*, in AA. VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma: Sapere 2000, 1984, pp. 123-153.
- FILIPPI, Leonardo, "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Le disposizioni processuali", *Diritto Penale e Processo*, n.º 10, Milán, 2005, pp. 1204-1222.
- FLORA, Giovanni, "Profili penali del terrorismo internazionale, tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n.º 51, Turín, 2008, pp. 62-75.
- FRIGO, Giuseppe, "Uno strumento senza efficacia diretta", *Guida al Diritto*, n.º 19, Milán, 2005, pp. 68-80.
- GALLI, Giorgio, *Il partito armato. Gli anni di piombo in Italia, 1968-1986*, Milán: Kaos, 1993.
- *Piombo rosso. La storia completa della lotta armata in Italia dal 1970 a oggi*, Milán: Baldini Castoldi Dalai, 2004.
- GALLO, Ettore, "Delitti aggravati dall'evento e delitti di attentato", *Giurisprudenza Italiana*, n.º IV, Turín, 1990, pp. 409-430.

- “Il principio di idoneità nel delitto di pubblica istigazione”, *Diritto Penale e Processo*, n.º I, Milán, 1996, pp. 1514-1530.
- GAMBERINI, Alessandro, “Gli strumenti penali di contrasto al terrorismo internazionale, alcuni interrogativi sulla tecnica e sull’oggetto di tutela della nuova fattispecie di cui all’art. 270-bis CP”, *Critica del Diritto*, Nápoles, 2004, pp. 69-87.
- GAMBERINI, Alessandro, y Claudio PREZIUSO, “La capacità espansiva della definizione di terrorismo, fra violenza in tempo di guerra ed atti eversivi”, *Il Foro Italiano*, n.º I, Turín, 2008, pp. 44-60.
- INSOLERA, Gaetano, “Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale”, *Diritto Penale e Processo*, Milán, 2004, pp. 13251341.
- KOLB, Robert, “The Exercise of criminal jurisdiction over international terrorists”, en Andrea BIANCHI, *Enforcing international law norms against terrorism*, Oxford: Hart, 2004, pp. 233-285.
- MANES, Vittorio, “L’incidenza delle ‘decisioni-quadro’ sull’interpretazione in materia penale, profili di diritto sostanziale”, *Cassazione Penale*, n.º 3, Milán, 2006, pp. 1150-1164.
- “I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011.
- MANNA, Adelmo, “La strategia del terrore e i delitti di attentato”, *L’Indice Penale*, 2013, pp. 51-64.
- MANNA, Adelmo, y Michele PAPA, *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. I, Turín: Utet, 2008.
- MANTOVANI, Marco, “Brevi note in materia di terrorismo internazionale”, *Giurisprudenza di Merito*, n.º 37, Milán, 2005, pp. 1370-1375.
- “Le condotte con finalità di terrorismo in Contrasto al terrorismo interno e internazionale”, en Roberto KOSTORIS y Renzo ORLANDI, *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Turín: Giappichelli, 2006, pp. 77-110.
- MARTINI, Adriano, “La nuova definizione di terrorismo, il D.L. n. 144 del 2005 come convertito con modificazioni in L. 31 luglio 2005, n. 155”, *Studium Juris*, 2006, p. 355.
- MASARONE, Valentina, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.
- ORLANDI, Renzo, “Delitto politico e diritto penale del nemico. Considerazioni introduttive”, en AA. VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna: Monduzzi, 2007, pp. 35-42.
- PANVINI, Guido, *Ordine nero, guerriglia rossa*, Turín: Einaudi, 2009.
- PAVARANI, Cristina, “Dei delitti di associazione politica”, en Alberto CADOPPI, Stefano CANESTRARI, Adelmo MANNA y Michele PAPA, *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. I, Turín: Utet, 2008, pp. 241-452.
- PELISSERO, Marco, “Delitti di terrorismo”, en Marco PELISSERO (dir.), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, Turín: Aiello, 2010, pp. 159-208.

- PEPINO, Livio, y Marco REVELLI, *Non solo un treno... La democrazia alla prova della Val Susa*, Turín: Gruppo Abele, 2012.
- PICCICHÈ, Federico, “Prime riflessioni della Corte di Cassazione sulla struttura del delitto di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale”, *Rivista Penale*, 2012, pp. 1002-1008.
- “Il problema del dolo nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale, due sentenze a confronto”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.
- PICOTTI, Lorenzo, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milán: Giuffrè, 1993.
- REITANO, Simona, “Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, pp. 217-230.
- RESTA, Federica, “Ancora su terrorismo e stato della crisi”, *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica di Camerino*, n.º 1, 2013, p. 296.
- ROBERTI, Franco, “Le nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo”, en Andrea Antonio DALIA, *Le nuove norme di contrasto al terrorismo. Commento al Decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 convertito, con modificazioni, nella Legge 31 luglio 2005, n. 155 ed integrato dal Decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, nella Legge 21 febbraio 2006, n. 49 e sintesi dei lavori parlamentari*, Milán: Giuffrè, 2006, pp. 531-550.
- RONCO, Mauro, Salvatore ARDIZZONE y Bartolomeo ROMANO, *Codice penale ipertestuale. Leggi complementari*, Turín: Utet, 2007.
- ROSI, Elisabetta, “Terrorismo internazionale e anticipazione della tutela penale e garanzie giurisdizionali”, *Diritto Penale e Processo*, n.º 4, Milán, 2008, pp. 455-471.
- RUSSO, Ivan, *Sistema penale di armi, esplosivi, munizioni, caccia e tiro*, Roma: Dike, 2012.
- SALVINI, Guido, “L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale, problemi di definizione e prova della finalità terroristica”, *Cassazione Penale*, n.º 10, Milán, 2006, pp. 3366-3385.
- VALSECCHI, Alfio, “L'accertamento del (doppio) dolo specifico nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo”, *Cassazione Penale*, n.º 3, 2012, pp. 99-120.
- “La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270-sexies cp”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, 2006, pp. 1103-1125.
- “Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale”, *Diritto Penale e Processo*, n.º 10, Milán, 2005, pp. 1222-1240.
- “Il problema della definizione di terrorismo”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, 2004, pp. 1146-1180.
- “Sub Artt. 270 quater, 270 quinquies, 270 sexies”, en Emilio DOLCINI y Giorgio MARINUCCI, *Codice penale commentato*, 2.ª ed., Milán: Ipsoa, 2006.
- VIGANÓ, Francesco, “Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali”, en P. CORSO y E. ZANETTI, *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza: La Tribuna, 2010, pp. 617-679.

- “La nozione di ‘terrorismo’ ai sensi del diritto penale”, en Francesco Salerno, *Sanzioni “individuali” del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali. Atti del convegno di studio organizzato dall’Università di Ferrara (12 e 13 dicembre 2008)*, Padua: Cedam, 2010, pp. 193-220.
 - “Pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* il nuovo decreto legge in materia di contrasto al terrorismo”, *Diritto Penale Contemporáneo*, 2015.
 - “Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica e art. 270 CP nella recente esperienza giurisprudenziale”, *Cassazione Penale*, n.º 10, Milán, 2007, pp. 3953-3970.
- WENIN, Roberto, “L’addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal d.l. 7/2015. Una riflessione comparata sulle tecniche di descrizione della fattispecie muovendo dalla sentenza del Bundesgerichtshof tedesco StR 243/13”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, pp. 119.
- “Disposizioni sull’addestramento nell’uso di armi: un sintomo della degenerazione della coerenza sistemica?”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, n.º 4, pp. 1893-1924.
- ZIRULIA, Stefano, “No Tav, la Cassazione fissa i parametri interpretativi in merito alle condotte di attentato ed alla finalità di terrorismo”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

Referencias jurisprudenciales y legislativas

- Corte Constitucional, 1.2.1982, n.º 15.
- Corte de Casación, Sesión Penal, Sesión I, 7.4.1987, n.º 8952.
- Corte de Casación, Sesión Penal, Sesión I, 11.10.2006, n.º 1072.
- Corte de Casación, Sesión Penal, Sesión I, 10.7.2007, n.º 34989.
- Corte de Casación, Sesión Penal, Sesión I, 22.4.2008, n.º 22673.
- Corte de Casación, Sesión Penal, Sesión VI, 8.5.2009, n.º 25863.
- Corte de Casación, Sesión Penal, Sesión VI, 20.1.2010, n.º 20146.
- Corte de Casación, Sesión Penal, Sesión I, 12.7.2011, n.º 38220.
- Corte de Casación, Sesión Penal, Sesión VI, 20.7.2011, n.º 29670.
- Corte de Casación, Sesión Penal, Sesión VI, 15.5.2014, n.º 28009.

TERRORISMO Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO EN URUGUAY*

Pablo Galain Palermo

RESUMEN. El terrorismo y su financiación no son dos preocupaciones presentes en la sociedad y los administradores de la justicia en Uruguay. El legislador, por su parte, ha legislado sobre la materia por presiones de la comunidad internacional. En cuanto al fenómeno del terrorismo en sí mismo, no hay una definición aceptada internacionalmente. Existen problemas de definición del concepto que atañen a la política criminal, la sociología y la criminología, los cuales repercuten en la concreción del bien jurídico a tutelar por el derecho penal.

Palabras clave: terrorismo, financiación del terrorismo, concepto, bien jurídico, realidad, praxis.

ABSTRACT. Terrorism and the financing of terrorism are not current concerns in Uruguayan society and its administrators of justice. Legislation on the matter has been approved as a result of pressures from the international community. There is no internationally accepted definition of the phenomenon of terrorism itself. These difficulties in developing a definition are linked to criminal policy, sociology and criminology, and also affect the specification of the legal interest to be protected by criminal law.

Key words: terrorism, financing of terrorism, concept, legally protected interest, reality, practice.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Terrorismus und seine Finanzierung sind Themen, die weder in der Gesellschaft noch vor den Gerichten Uruguays präsent sind. Aufgrund des Drucks der internationalen Gemeinschaft hat der Gesetzgeber allerdings

* Agradezco la colaboración de Sofía Lascano y Eduardo Sasson, miembros del Observatorio Latinoamericano en Política Criminal y Reformas Penales (OLAP), <<http://olap.fder.edu.uy/>>.

neue gesetzliche Vorschriften verabschiedet. Was den Terrorismus an sich angeht, gibt es bislang keine international akzeptierte Definition. Bei der konzeptionellen Bestimmung gibt es in kriminalpolitischer, soziologischer und kriminologischer Hinsicht Schwierigkeiten, die sich auf die Konkretisierung des strafrechtlich zu schützenden Rechtsguts auswirken.

Schlagwörter: Terrorismus, Terrorismusfinanzierung, Konzept, Rechtsgut, Wirklichkeit, Praxis.

1. Introducción

1. La literatura especializada y la política criminal internacional apenas permiten comprender de qué hablamos cuando nos referimos al fenómeno del terrorismo. Este problema de definición conceptual se arrastra luego a los temas conexos, como la represión de su financiación y su relación con el lavado de dinero u otras formas de sustento económico para la preparación y realización de los actos criminales. Este trabajo se refiere a la relación del terrorismo con sus financistas según la normativa y la realidad del Uruguay. Para ello se parte de la hipótesis de que en Uruguay apenas existe conciencia general del problema real del terrorismo, fenómeno que se comprende como alejado y ajeno (internacional), por lo que el legislador se ha limitado a transpolar sin mayor estudio de adaptación (incluso normativa) las directivas y los compromisos internacionales asumidos por el gobierno. A la ausencia de conciencia del problema real que constituyen los financistas de grupos terroristas se suma un sistema económico-financiero que durante mucho tiempo ha sido complaciente con la recepción de capitales.¹ Esta subhipótesis no puede ser verificada en este trabajo porque ha sido de algún modo considerada en un trabajo anterior, al que me remito.²

2. Hay una pregunta que subyace al tema de la financiación: “¿De qué hablamos cuando nos referimos al fenómeno del terrorismo? En la ciudad de Lima, entre el 27 y el 29 de octubre de 2014, el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (GLEDPI) emitió una declaración sobre el fenómeno del terrorismo, con

¹ <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/290715/falta-muchisima-educacion-financiera-en-uruguay/?referer=titulares-de-la-jornada>>.

² Pablo Galain Palermo, “Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica”, en Kai Ambos, Dino Carlos Caro Coria y Ezequiel Malarino (coords.), *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Lima: Jurista, 2015.

el objetivo de dar a conocer públicamente su opinión, pero también como elemento definidor del fenómeno que en esta publicación se pretende analizar.³ En la discusión grupal quedó en evidencia que cuando nos referimos a terrorismo nos enfrentamos a un tema que trasciende los aspectos jurídico-penales, y que abarca lo criminológico, lo sociológico e incluso lo político. La ausencia de una definición normativa internacional sobre terrorismo permite a los Estados nacionales “manipular” el concepto de tal forma que abarca tanto disímiles conductas (según el criterio judicial de gravedad del daño, finalidad perseguida y medios empleados) como actores (identificados políticamente según la lógica binaria amigo-enemigo). La gravedad es el elemento clave de la definición de terrorismo, pero con ella no basta para identificar una conducta como terrorista. Al tema de la definición y del bien jurídico penalmente tutelado me refiero más adelante.

3. En Uruguay no existe la percepción social ni política de la posible realización de hechos de terrorismo a llevarse a cabo en territorio nacional.⁴ La justicia penal no cuenta con ninguna causa en curso sobre terrorismo, aunque sí existen juicios penales por el fenómeno de *terrorismo de Estado* que tuvo lugar durante la dictadura cívico-militar (1973-1984).⁵ Ni la historia reciente ni el presente nos presenta una necesidad (política, sociológica, criminológica) de legislar sobre un fenómeno que resulta ajeno a la realidad nacional. La coyuntura internacional más reciente, sin embargo, nos muestra hechos internacionales del *terrorismo islámico* o *político-religioso* en la región (caso AMIA en Argentina) que han rebrotado en los últimos meses con el asesinato de un fiscal argentino que investigaba esa causa penal. En el mundo el recrudecimiento de este tipo de terrorismo está derivando en una *guerra de civilizaciones*⁶ que puede repercutir tarde o temprano en Uruguay, pues uno de los enfrentamientos bélicos tiene lugar en el ciberespacio.⁷ Las señales de alerta hacia Uruguay son encendidas desde los Estados Unidos en los informes

³ <<http://www.kas.de/rspla/es/publications/39361/>>.

⁴ Sin embargo, el territorio nacional es utilizado, según la prensa, por servicios secretos de países vecinos para planificar y organizar actos terroristas en el extranjero. <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/296848/espias-argentinos-operan-en-punta-del-este-y-actuan-como-custodia-vip/?referer=titulares-de-la-jornada>>.

⁵ Pablo Galain Palermo, “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”, *International Criminal Law Review*, vol. 10, n.º 4, 2010, pp. 601-618.

⁶ Samuel Huntington, “¿Choque de civilizaciones?”, <https://uam.es/personal_pdi/derecho/acamos/Huntington_ChoqueCivilizaciones.pdf>.

⁷ El presidente de Estados Unidos, Barack Obama, habla de una “batalla ideológica en la web” que se manifiesta en internet y en el uso de las redes sociales para medios de propaganda y reclutamiento de miembros por parte de los grupos terroristas en los países occidentales. Véase *The New York Times*, recogido por el diario *El País*, Montevideo, domingo 22.2.2015, E 1 y 2.

anuales del Departamento de Estado sobre la posible utilización del mercado financiero nacional por grupos criminales y para la financiación del terrorismo.⁸ Esto ha llevado a identificar en la misma política criminal al terrorismo con otras formas de criminalidad organizada (especialmente el narcotráfico, aunque no el tráfico de armas o de personas) y con el lavado de dinero (que parecería estar más asociado al narcotráfico que a la financiación del terrorismo).

4. Este trabajo analiza la financiación del terrorismo desde la óptica del derecho penal uruguayo. La praxis judicial no ofrece casos penales de financiación de terrorismo, aunque la realidad muestra que Uruguay es frecuentemente señalado como un país vinculado a operaciones de lavado de dinero, que según el orden internacional se relaciona directamente con la financiación del terrorismo. Teniendo en cuenta esta imposición de tipificación y la ausencia de jurisprudencia, el artículo se centra en la cuestión normativa y criminológica y en la política criminal relacionada con el terrorismo y con la financiación del terrorismo.

2. El cambio de paradigma político-criminal y criminológico

6. Cuando se trata de la represión de los tráficos transnacionales y del terrorismo, como dice Hans-Jörg Albrecht, estos fenómenos tienen que ser relacionados con las distintas formas de financiación porque aquellas conductas están estrechamente encadenadas a las “causas y condiciones bajo las cuales los fenómenos terroristas se desarrollan, se modifican, persisten y por fin, declinan”.⁹

En el caso del terrorismo la situación fáctica de la que se parte es distinta a la del delito de lavado o de la financiación del terrorismo, porque para quienes confeccionan la política criminal internacional el terrorista no es considerado un *enemigo* desde el punto de vista *normativo* (a quien se lo combate con un arsenal de guerra pero con quien en algún momento se podría volver a dialogar y confiar expectativas de comportamiento del

⁸ <http://www.elpais.com.uy/informacion/ee-uu-alerta-desembarco-mafia.html?utm_source=news-elpais&utm_medium=email&utm_term=EE.UU.%20alerta%20sobre%20desembarco%20de%20la%20mafia%20rusa%20en%20Uruguay&utm_content=20032015&utm_campaign=Resumen%20Matutino>.

⁹ Hans-Jörg Albrecht, “Terrorismo e investigación criminológica. Un inventario” (trad. Marteau), en *Criminalidad compleja. Terrorismo. Cybercriminalidad*, Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Política Criminal, y La Ley, 2004, pp. 3 s.

ciudadano, como sugiere Jakobs),¹⁰ sino que se lo considera un *enemigo* desde el punto de vista *moral*, como el delincuente natural del *positivismo italiano* o el salvaje del estado de naturaleza *hobbesiano*; esto es, el terrorista es apenas una fuente de peligro de la que nos tenemos que defender porque no comparte los códigos de conducta ciudadanos.

Hay quienes sostienen que contra el daño social cometido por el terrorista (injusto penal) el Estado no se contenta con el empleo de armas materiales como la pena del *decomiso* para compensar o retribuir ese injusto, sino que reacciona con un arsenal formal (un megainjusto) que desborda a la propia ley del talión y que legitima incluso el empleo de la tortura como arma de lucha.¹¹ Contra este enemigo solo se puede estar en guerra, una *guerra de civilizaciones* como lo pregonó George Bush luego de los ataques del 11.9.2001, donde hay “Estados” (por ejemplo, el Estado Islámico, conocido por su sigla en inglés, ISIS) que ya no tienen cabida en el siglo XXI, como pregona actualmente Barack Obama, tras las recientes ejecuciones extrajudiciales de periodistas norteamericanos por terroristas islámicos,¹² una nueva guerra de ejes o bloques en la que los Estados tienen que posicionarse.

Ahora bien, por un lado existe una equiparación terminológica entre *terrorista* y *enemigo*, al mismo tiempo que se produce otra equiparación terminológica entre los actos (y aportes) de financiación de los terroristas (enemigos) y las conductas tendientes a *lavar* activos provenientes de determinados delitos (entre ellos el terrorismo y la financiación del terrorismo), que no se condice con la aplicación práctica en Uruguay.¹³

¹⁰ Günter Jakobs, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, en A. ESER, W. HASSEMER y B. BURKHARDT (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende-Rückbesinnung und Ausblick*, Múnich: Beck, 2000, p. 53.

¹¹ Peter-Alexis Albrecht, “Krieg gegen den Terror. Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht”, *ZStW*, n.º 117, 2005, p. 854. Sobre la prohibición del uso de la tortura, Michel Terestchenko, *O bom uso da tortura. Ou como as democracias justificam o injustificável*, São Paulo: Loyola, 2011.

¹² Meses antes el propio Obama había declarado que la guerra contra el terror, como cualquier otra guerra, tenía que tener un final: <<http://www.usnews.com/news/articles/2013/05/23/obama-global-war-on-terror-is-over>>; in-<http://time.com/2873297/boko-haram-iraq-bergdahl-war-terror/>>. Tras las ejecuciones extrajudiciales de periodistas, la guerra continúa abierta y Obama analiza incluso la posibilidad del uso de la fuerza en Irak y Siria. <<http://time.com/3313326/obama-boehner-isis/>> (10.9.2014).

¹³ Como expuse en otro lugar, “se produce un conflicto en el orden internacional y el nacional en tanto la política criminal internacional de lucha contra enemigos (que termina abarcándolo todo y difuminando los límites entre un derecho de guerra y un derecho para tiempos de paz) exige que se trate como enemigos a determinados individuos que no son considerados tales por los Estados nacionales. Este enfrentamiento dialéctico se agrava cuando a nivel nacional a tales actores del mundo económico-financiero son considerados incluso ciudadanos respetables”. Pablo Galain Palermo, “Lavado de activos...”, o. cit., pp. 326 s.; Jakobs sostiene que ante los crímenes relacionados con el mundo económico el derecho penal no actúa según la lógica del derecho penal del enemigo, porque todavía no se

7. La *colonización* o *aculturación legal* conlleva una nueva forma de influencia y coacción de los países poderosos en los menos influyentes por medio del uso de la posición dominante en los organismos internacionales y supranacionales para crear aparentes necesidades de legislar sobre determinados temas o intereses que se declaran como *globales*,¹⁴ término que encuentra su símil a escala nacional en el mentado *interés general*. Esta colonización o aculturación legal se concreta por medio de la construcción de *paradigmas* —no verificados científicamente en cuanto a su poder real de dañar a las economías u órdenes sociales económicos— como *crimen organizado*, *finanzas criminales*, *narcoeconomía*, *volumen total de lavado de activos*, que son definidos de forma difusa y elástica con el objetivo de facilitar la adopción de instrumentos y medidas procesales (de investigación) flexibles e invasivas que permiten usar las mismas herramientas de política criminal que se utilizan para combatir fenómenos tan dispares como el *fraude fiscal*, la *corrupción*, la *lucha contra las drogas* o la *financiación del terrorismo*.¹⁵

La literatura, aun cuando es crítica, luego emplea indistintamente los conceptos (crimen organizado, terrorismo, financiación del terrorismo mediante el lavado de activos, narcotráfico, carteles de la droga, tráfico transnacionales, etc.) sin distinción criminológica, como si se tratara de fenómenos similares o que comparten un mismo código genético (criminal). En realidad lo único que comparten estos fenómenos es la política criminal y las herramientas con que se los combate, pues todos ellos son una encarnación del mal y pueden llegar a ser identificados como un *objetivo militar* (derecho de lucha o de guerra en tiempos de paz) a vencer por medio del derecho penal (para ciudadanos).

3. La lógica de guerra para la delimitación y el alcance del fenómeno de la financiación del terrorismo en el ordenamiento nacional

8. Se ha dicho que “la guerra contra el terrorismo es la primera industria de crecimiento político del nuevo milenio” y que, tras el ataque terrorista del 11.9.2001 contra

adapta a las reglas de la economía. Véase María Laura Böhm, “Políticas de seguridad y neoliberalismo”, en Armando Fernández Steinko (ed.), *Delincuencia, finanzas y globalización*, Madrid: CIS, 2013, p. 332.

¹⁴ Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988; Convención sobre Financiación del Terrorismo, de 1999; Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000.

¹⁵ Armando Fernández Steinko, *Las pistas falsas del crimen organizado. Finanzas paralelas y orden internacional*, Madrid: Catarata, 2008, p. 274.

ciudadanos, intereses y en suelo de los Estados Unidos, el gobierno de este país ha iniciado una “cruzada” para “liberar al mundo de los malvados”.¹⁶ Esta identificación del *terrorismo* con el *mal* contribuye aún más a diseminar el concepto de terrorismo y provocar mayor confusión en su definición. Esta lógica bélica solo es posible si se construye la imagen de un enemigo a quien culpar como causante del fenómeno que se tiene que combatir.

9. En cuanto a la principal organización mundial que nuclea las voluntades estatales, la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad determinó la obligación de congelar los bienes de los terroristas y prohibir a cualquier persona en cada país proveer ayuda financiera u otra asistencia material a los terroristas o sus sostenedores. Los países del G8 se han comprometido a tomar una gama de medidas orientadas a incautar los bienes de los terroristas. La OCDE ha creado el Financial Action Task Force para el control de la financiación de grupos terroristas y la Interpol ha puesto en marcha un grupo de trabajo dedicado al lavado de dinero y la financiación del terrorismo por medio del control de sistemas alternativos de remesas de los inmigrantes.¹⁷ En la región hay una exigencia de combate al terrorismo y de mayor cooperación policial y judicial. El tema se trató en la cuarta sesión plenaria de la OEA, celebrada el 7 de junio de 2005,¹⁸ en la que se reiteró el compromiso establecido en el párrafo 23 de la Declaración sobre la Seguridad en las Américas.¹⁹ Pero, a pesar de las exigencias internacionales, los Estados nacionales no tienen claro qué ni a quiénes hay que combatir.

10. En el ámbito internacional se exige cooperación y asistencia, pero no existe un crimen internacional de terrorismo competencia de la Corte Penal Internacional (CPI), así como tampoco hay una definición en derecho internacional humanitario (DIH), sino solamente actos terroristas prohibidos —por ejemplo, el artículo 13.2 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra protege a la población civil como objeto de ataque—. ²⁰

¹⁶ James Bovard, *Terrorismo y tiranía. Limitar la libertad, cercenar la justicia y alterar la paz ¿para liberar al mundo del mal?*, Buenos Aires: El Ateneo, 2004, p. 9.

¹⁷ Gema Sánchez Medero, “Las fuentes de financiación legales e ilegales de los grupos terroristas”, *Política y Estrategia*, n.º 112, 2008, p. 71.

¹⁸ La extradición y la denegación de refugio a los terroristas: mecanismos de cooperación en la lucha contra el terrorismo.

¹⁹ Allí se decidió: “Exhortar asimismo a los Estados Miembros de acuerdo con la resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a que impidan que cualquier persona que participe, en la planificación, preparación, financiación o comisión de actos terroristas y, cuando corresponda, en la tentativa de comisión de dichos delitos, encuentre refugio en su territorio”.

²⁰ “Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”.

11. En los tiempos que corren todo indica que el terrorismo no solo persigue fines políticos (que era el elemento característico) mediante la violencia, sino principalmente fines fundamentalistas religiosos, propios de una *guerra de civilizaciones*, esto es, con un objetivo más amplio que el cambio de un gobierno o una política de gobierno.²¹ Hoy se desarrolla una discusión semántica que pone de nuevo en el tapete la cuestión conceptual de lo que se entiende por terrorismo religioso y su delimitación con otras áreas, como pueden ser los derechos humanos y los derechos cívicos.

12. Hasta ahora hemos visto que la definición y la forma de prevención y represión del terrorismo vienen dadas por instancias internacionales; pero ¿qué sucede cuando es el Estado el que aplica la normativa terrorista a casos que no parecen encajar típicamente con el fenómeno descrito por la política criminal internacional? Las preguntas que surgen son: ¿Puede existir un modelo universal para la definición, prevención y represión del terrorismo? ¿Cuál es la política criminal adecuada para situaciones tan disimiles como el combate a los enemigos políticos, a los enemigos religiosos y a sus financistas? La complejidad de estos fenómenos nos lleva a preguntarnos de qué estamos hablando cuando nos referimos al *terrorismo* y de qué y quiénes hablamos cuando nos referimos a sus mecenas. ¿Cómo se pueden delimitar correctamente los conceptos para entender las formas de prevenir y reprimir actos terroristas y también las conductas dirigidas a financiarlos? Los problemas conceptuales se trasladan cuando se quiere vincular al terrorismo con su financiación por medio de la misma norma penal y del mismo arsenal punitivo. ¿Cuáles son los bienes jurídicos tutelados? ¿Qué se previene, qué se castiga, cómo se previene, cómo se castiga? Al final de cuentas, se trata de saber qué es lo que estamos previendo, para comprender qué es lo que estamos castigando. ¿Qué fenómeno queremos controlar, disminuir, erradicar?, ¿sobre qué personas queremos incidir y de qué forma?

²¹ Sobre el tema, Rolf Tophoven, "Fundamentalistisch begründeter Terrorismus: Osama bin Laden als neuer Typ des Terroristen", en Kai Hirschmann y Peter Gerhard (eds.), *Terrorismus als weltweites Phänomen*, Berlín: Berlin, 2000, pp. 181 ss. Andreas Armbrorst, "Radicalisation and de-radicalisation of social movements: The comeback of political Islam?", *Crime, Law and Social Change*, October 2014, vol. 62, n.º 3, pp. 235-255; ídem, "A Profile of Religious Fundamentalism and Terrorist Activism", *Defence Against Terrorism Review*, 2009, vol. 2, n.º 1, pp. 51-71.

4. El problema del concepto y del bien jurídico

13. El tratamiento jurídico del terrorismo, desde un punto de vista normativo, tiene que ser analizado dentro del marco de la política criminal que refiere y abarca a la criminalidad organizada y la criminalidad económica, situación que conduce a problemas de definición y conceptualización cuando las áreas y las fronteras se tornan porosas.²² El terrorismo es una forma de criminalidad organizada con una finalidad política, capaz de alterar la paz pública por los medios que emplea, que la hacen peligrosa (en sentido abstracto) y difícil de controlar (prevención). Esta clase de criminalidad tiene a su disposición importantes fuentes de financiación y diversos medios financieros que garantizan su existencia y la comisión de sus actos ilícitos. Según Muñoz Conde, es una forma de “criminalidad organizada económica”, si bien actúa motivada por una finalidad política.²³

El terrorismo plantea un reto al derecho, pues hay que delimitar claramente el terrorismo contra el Estado (por ejemplo, para cambiar un régimen político) del terrorismo de Estado (por ejemplo, para acallar una protesta social, un movimiento de liberación nacional, etc.). En el ámbito internacional, en un primer momento se persiguió el fenómeno sin una definición normativa, según una lógica de combate a fenómenos relacionados con aspectos políticos, lo que condujo a un concepto permanentemente politizado y en constante cambio.²⁴

El concepto de terrorismo proviene de siglos atrás y tuvo su origen en el Estado terrorista de la Francia del siglo XVII, que devino luego, a fines del siglo XIX, en una extraña migración hacia las formas políticas de ataque contra los Estados.²⁵ Los secuestros de aviones por causas políticas durante el siglo XX y, en particular, los movimientos

²² Mark Zöller, “Verschwimmende Grenzen zwischen Terrorismus und Organisierter Kriminalität?”, Arndt Sinn y Mark Zöller (eds.), *Neujustierung des Strafrechts durch Terrorismus und Organisierte Kriminalität*, Colonia (Alemania): Müller, 2013, pp. 1 ss.

²³ Véanse constantemente estos elementos en el manual de parte especial de Francisco Muñoz Conde (*Derecho penal. Parte especial*, 11.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 778).

²⁴ Sobre la politización del concepto, Zöller, o. cit., p. 2. Este autor refiere a los problemas relacionados con los movimientos de liberación nacional y su vinculación con el concepto de terrorismo, así como explica que en determinados conflictos, como el judío-palestino, es difícil determinar quiénes son los autores y quiénes las víctimas. *Ibidem*, p. 3.

²⁵ Naomi Norberg, “¿Una aproximación armonizada para combatir el terrorismo internacional? Un camino a seguir”, en M. Delmas-Marty, M. Pieth y U. Sieber (dirs.), *Los caminos de la armonización penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 265.

terroristas de liberación nacional no fueron todavía motivo suficiente para la imposición internacional de la lucha global contra el terrorismo, pero sí lo fueron a fines de siglo para vincular el problema terrorista con su financiación devino y con el uso del sistema penal para el seguimiento de las rutas del dinero.²⁶

En 1999 la Asamblea General de la ONU aprobó el Convenio Internacional para Represión de la Financiación del Terrorismo. Según esta organización, tiene que ser considerado delito proveer o recolectar fondos (directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente) cuando se realiza a sabiendas del fin terrorista al que serán destinados (da igual si en todo o en parte) y siempre que se haga con la intención de que sean utilizados para tales actividades.²⁷ Los ataques terroristas del 11.9.2001 dispararon las alarmas sobre la financiación de actos terroristas²⁸ y la comunidad internacional le dio potestades al Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) para que la “lucha contra el lavado de activos” incluya a la financiación del terrorismo.²⁹ La resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de la ONU conmina a todos los Estados miembros a velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, la planificación, la preparación o la comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos; mientras que la resolución 2178 (2014) refuerza la preocupación por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo.³⁰ Al igual que sucede con el lavado de activos, el objetivo político criminal sigue siendo el de atacar los fondos ilícitos mediante su “congelación” y “decomiso”, pero también castigar —incluso— los actos preparatorios de cualquier actividad relacionada con el terrorismo, para cuya prueba se admiten medidas invasivas.

Ahora bien, para saber qué fondos se pueden atacar hay que saber primero qué es un acto terrorista. Acto terrorista es la conducta que, “destinada a causar la muerte o

²⁶ *Ibidem*, p. 270.

²⁷ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf. Una lista de todas las convenciones internacionales que han tratado el tema del terrorismo en: www.un.org/en/terrorism/instruments.shtml.

²⁸ Hasta los ataques de Nueva York solo cuatro Estados habían ratificado la Convención, y fue a partir de la resolución 1373 del Consejo de Seguridad, de 28.9.2001, que se determinó que las cláusulas de la Convención eran vinculantes y se estableció un Comité Antiterrorismo para controlar la implementación nacional de estas. Véase también el Reporte de la Asamblea General de la ONU de 27.4.2006 (A/60/825), *Uniting against Terrorism: Recommendations for a Global Counter-Terrorism Strategy*.

²⁹ El GAFI ha redactado nueve recomendaciones especiales sobre este tema, además de las conocidas 40 recomendaciones para el lavado de activos.

³⁰ <<http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3440.pdf>.

lesiones graves de un civil”, tiene como fin “aterrorizar o intimidar a la población civil o bien a obligar a un Estado a hacer un acto o dejar de hacerlo”.³¹ Según esta línea político criminal, el acto terrorista queda limitado a determinadas conductas de tal violencia y gravedad que potencialmente puedan poner en peligro la vida o la integridad física de las personas.³² Para un sector de la doctrina, sin embargo, el terrorismo no es más que un cúmulo de actividades desaprobadas y un término sin significado legal.³³ Entre ese conjunto de actividades hay que incluir a la financiación del terrorismo, porque en realidad se trata de criminalizar una “amenaza” internacional o externa que evidencia una lógica similar a la criminalización del lavado de activos originada en el narcotráfico, y el objetivo de combate no solo son las distintas manifestaciones del crimen organizado (lógica del castigo al delito de tráfico de drogas) sino también la existencia de los grupos que las realizan (lógica del castigo al delito de asociación ilícita).

14. En la doctrina penal internacional no existe consenso sobre aquello que se entiende por terrorismo, ni sobre la naturaleza nacional o internacional que habilite la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, ni sobre las áreas y conductas que este abarca. Al día de hoy contamos solo con definiciones nacionales de terrorismo, que no tienen por qué coincidir o contener todos los elementos identificados en el ámbito internacional.³⁴ La necesidad de una definición internacional proviene de que con mayor frecuencia los ataques terroristas abarcan intereses de varios Estados, que tienen que cooperar en su combate.³⁵ Uno de los puntos controvertidos es el contexto en el que se produce la comisión de actos terroristas —esto es, en tiempos de paz³⁶ o en tiempo de guerra—, en el que el terrorismo puede ser considerado un subtipo del crimen de guerra o de los crímenes contra la humanidad, o incluso un tipo especial similar al crimen internacional

³¹ Una lista de todas las convenciones internacionales que han tratado el tema del terrorismo puede encontrarse en www.un.org/en/terrorism/instruments.shtml.

³² No cualquier acto puede lograr este objetivo, sino los que sean potencialmente peligrosos y puedan provocar terror de forma general, como el apoderamiento de una aeronave, la amenaza de bomba o aquellos que obliguen a la toma de una decisión como la captura de rehenes para extorsionar a un Estado u organismo supranacional. Una lista de posibles conductas terroristas en los artículos 1 y 2 de la Framework Decision on Combating Terrorism, del Consejo de Europa (2004), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32002F0475>.

³³ Norberg, o. cit., p. 272. Por estas razones, la CPI no tiene jurisdicción en materia de terrorismo. Sobre la relación entre terrorismo y derecho penal internacional, Kai Ambos, “Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law?”, *Leiden Journal of International Law*, n.º 24, 2011, pp. 655-675.

³⁴ Antonio Cassese, “The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law”, *JICJ*, n.º 4, 2006, pp. 933-958.

³⁵ Véase la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13.6.2002.

³⁶ Cassese exige para tiempos de paz que los actos sean dirigidos contra civiles o cualquier persona que no toma parte de las hostilidades armadas. Cassese, o. cit., p. 957.

per se,³⁷ categoría que todavía no ha adquirido en las convenciones y que la doctrina mayoritaria tampoco reconoce.³⁸

Este reconocimiento se ha producido judicialmente en una instancia (cuestión preliminar) del Tribunal Especial para el Líbano con relación a las Reglas de Procedimiento y Prueba (68.G), que consideró en una sentencia interlocutoria la naturaleza de crimen internacional para el terrorismo, de modo que la definición internacional tiene influencia en la definición del derecho penal libanés.³⁹ Además de estos aspectos materiales, la controversia implica cuál es la ley y cuál es el órgano con competencia para juzgar a los responsables.

Según Cassese, existen elementos comunes para una definición de terrorismo: a) debe tratarse de actos usualmente criminalizados en cualquier ordenamiento nacional, o la asistencia a la comisión de estos actos con independencia de que ellos hayan sido realizados en tiempos de paz; b) estos actos tienen que ser realizados con el objetivo de provocar un estado de terror en la población u obligar a un Estado o a una organización internacional a tomar algún tipo de acción, y finalmente c) estar política o ideológicamente motivados (no estar basados en fines privados o personales).⁴⁰

La identificación de estos elementos bases del terrorismo significa que existen elementos objetivos (criminalización de una conducta en el orden nacional, por ejemplo,

³⁷ Cassese propone que el terrorismo en tiempos de conflicto armado hoy entendido como una subcategoría de crimen de guerra pueda paulatinamente ser considerado "a discrete class of international crime" como resultado de la aplicación combinada de la ley humanitaria y las normas generales sobre terrorismo. Cassese, o. cit., p. 958. Sobre las diferencias y consecuencias entre los crímenes internacionales y los crímenes contenidos en los tratados internacionales, ver Kai Ambos y Anina Timmermann, "Terrorism and customary international law", en Ben Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, pp. 2038.

³⁸ Siguiendo la decisión adoptada en *Tadić* de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional Ad Hoc para la antigua Yugoslavia, se deben exigir tres elementos para que un crimen adquiera naturaleza de internacional (*core crime*). Primero, la prohibición debe ser parte del derecho internacional; segundo, la conducta debe ser de especial gravedad como para afectar valores universales, y tercero, la responsabilidad individual criminal no debe depender de la tipificación nacional del delito. Ambos y Timmermann, o. cit., pp. 26 y 36, nota al pie 95. Según Ambos, no se cumple con el tercer elemento para que el terrorismo pueda ser considerado un crimen internacional; Ambos, "Creatividad judicial...", o. cit., pp. 165 ss.

³⁹ Críticamente, Ambos, "Creatividad judicial...", o. cit., pp. 143-173. Para este autor estamos ante un "delito transnacional especial" que se encuentra más próximo a los crímenes internacionales que a los delitos transnacionales "comunes" que dependen de un tratado internacional. *Ibidem*, pp. 166 s.

⁴⁰ "[...] terrorism consists of (i) acts normally criminalized under any national penal system, or assistance in the commission of such acts whenever they are performed in time of peace; those acts must be (ii) intended to provoke a state of terror in the population or to coerce a state or an international organization to take some sort of action, and finally (iii) are politically or ideologically motivated, i.e. are not based on the pursuit of private ends". Cassese, o. cit., p. 937.

homicidio, lesiones graves, secuestro, etc.; transnacionalidad del acto; víctimas despersonalizadas civiles o funcionarios públicos estatales o funcionarios internacionales), y elementos subjetivos (finalidad primera de coerción por medio del terror para lograr objetivos políticos, religiosos o ideológicos). El terrorismo se considera una “amenaza” que pone en serio peligro de lesión la paz y la seguridad y que lesiona las libertades básicas de una sociedad democrática en constante “*state of fear*”.⁴¹ Esta amenaza latente contra la paz y seguridad (nacional e internacional) diferencia ontológicamente la gravedad del terrorismo con relación a otros delitos transnacionales como el lavado de activos o el tráfico de drogas.

En cuanto a la financiación, cabe decir que ontológicamente se trata de una conducta legal o neutra que solo deviene criminal cuando está asociada al destinatario final (aspecto objetivo) y cuando se comparten de forma intencional los objetivos del grupo terrorista al que se financia (aspecto subjetivo). Estos delitos no siguen el criterio político-criminal general que no exige propósitos determinados dentro del dolo, en tanto el propósito no determina ni forma parte de la intención de realizar un tipo penal.

15. Desde la perspectiva de la sociología, según Waldmann, se entiende por terrorismo “los atentados violentos especialmente planificados desde la base contra un orden político. Ellos deben producir masiva inseguridad y terror al mismo tiempo que disposición para recoger simpatía y apoyo”.⁴² Laqueur lo define como “el empleo o amenaza de violencia preordenados a sembrar el pánico en una sociedad, debilitar o apoyar a los gobernantes o provocar un cambio político”.⁴³ Para Hoffmann, el elemento de definición del terrorismo es la violencia que causa terror y miedo para provocar un cambio político.⁴⁴ Otros autores incluyen, además del uso de la violencia y la fuerza, “amenazas sistemáticas y creíbles; motivaciones políticas; intención de provocar miedo e inseguridad; voluntad de cambiar las decisiones de los gobiernos; actuación de manera planeada, deliberada y organizada; manejo de tácticas y estrategias de combate; búsqueda de intimidación, extorsión, inducción o sumisión; consecución de publicidad

⁴¹ Ambos y Timmermann, o. cit., pp. 34 y 38.

⁴² Peter Waldmann, “Terrorismus als weltweites Phänomen: Eine Einführung”, en Kai HIRSCHMANN y Peter GERHARD (eds.), *Terrorismus als weltweites Phänomen*, Berlín: Berlin, 2000, p. 11 (la traducción me corresponde).

⁴³ Götz Neuneck, “Terrorismus und Massenvernichtungswaffen – eine neue Symbiose?”, en Kai Hirschmann y Peter Gerhard (eds.), *Terrorismus als weltweites Phänomen*, Berlín: Berlin, 2000, p. 149 (la traducción me corresponde).

⁴⁴ Bruce Hoffman, *Terrorismus - Der unerklärte Krieg. Neue Gefahren politischer Gewalt*, Fráncfort: Fischer, 1999, pp. 56 ss.

y reforzamiento del carácter simbólico de la nación; ataques a objetivos físicos no combatientes; búsqueda del efecto sorpresa a través de una planificación encubierta y de la identificación sistemática de las debilidades del enemigo y sus formas de defensa; intento de subyugación y humillación del enemigo”.⁴⁵

En realidad, muchos de estos elementos definidos por Merlo no son característicos del terrorismo sino que pueden ser compartidos por otras formas delictivas. Desde una perspectiva jurídico-penal, según Alex Schmidt, quien en la década del ochenta trabajó con más de cien definiciones de terrorismo, hay tres elementos fundamentales que lo definen como fenómeno punible: a) uso de la violencia, que tiene que cumplir con los elementos objetivos y subjetivos de determinados delitos del orden jurídico interno, como el homicidio, el secuestro, las lesiones graves, daños, detonación de explosivos (por ejemplo, § 308 del Código Penal alemán [CPA]), etc., b) intención de sembrar miedo y terror en la población, como medio para alcanzar otro fin, y c) intención final de provocar un cambio político e instaurar un régimen nuevo según sus ideas o acorde con su ideología, concepción política o religión.⁴⁶

16. En el plano conceptual todo indica que no solo son importantes el acto terrorista en sí mismo, sino los motivos del autor.⁴⁷ Estos actos tienen un componente mediático muy importante y pueden ser catalogados como “violencia simbólica”, en la que no importan tanto los efectos destructivos del acto, que según Hoffmann no son más que el medio por el que se comunica a la multitud una señal determinada, un mensaje, porque el terrorismo es principalmente una “estrategia de comunicación”.⁴⁸

¿Qué se protege cuando se prohíbe el terrorismo y su financiación? Si se tiene en cuenta que se amenaza con pena la financiación de un grupo con independencia de los actos terroristas, de modo similar a la prohibición de formar asociaciones criminales que se conforman con el objetivo de cometer delitos (artículo 150 CP, algunas de ellas de tal magnitud que podrían poner en peligro la existencia del propio Estado, de su orden político y la vida de los ciudadanos en ese Estado), entonces hay que admitir que se protege un bien jurídico inmaterial, como la paz pública o la seguridad pública de los ciudadanos, los que verían impedido el libre desarrollo de su personalidad en la comunidad. En

⁴⁵ Alfonso Merlo, *La evolución estructural de Al Qaeda. Ventajas operativas y desafíos para el contraterrorismo*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2008, p. 48.

⁴⁶ Alex Schmidt, *Political Terrorism: A Research Guide*, 1983, citado por por Zöllner, o. cit., p. 4.

⁴⁷ Neuneck, o. cit., p. 150.

⁴⁸ Hoffman, o. cit., p. 12.

todo caso, es un bien jurídico pluriofensivo que protege en todos los casos la tranquilidad pública, el orden público para posibilitar la vida comunitaria.

Quienes defendemos una posición antropológica del bien jurídico⁴⁹ exigimos una relación funcional cuando menos mediata con los individuos. En ese sentido, se puede entender que este tipo de delitos que utilizan medios basados en la dispersión del miedo y el terror en la población para lograr fines políticos, ideológicos o religiosos ponen en peligro inmediato a la paz y la seguridad de todos los ciudadanos y de forma mediata restringen la libertad. La mediatez o inmediatez no constituye de todas formas el elemento base del tipo de delito al convertir el peligro abstracto en peligro concreto, pues la norma no exige como elemento objetivo del tipo que los actos terroristas tengan acontecimiento; basta con el elemento subjetivo de la financiación con el propósito compartido de los fines ideológicos. El peligro potencial de estas asociaciones o grupos criminales que utilizan el terror como medio de acción es de tal magnitud que se castiga la mera existencia del grupo y, aun antes de la configuración de la tentativa, se castigan los actos preparatorios.⁵⁰ El castigo a los miembros del grupo se realiza sin distinción entre autores y partícipes, todos como autores, en lo que significa el regreso triunfal del sistema unitario a la dogmática penal. Las distinciones solo son posibles según el grado de participación en los actos terroristas concretamente realizados.

En lo que refiere al sistema penal uruguayo, la doctrina entiende que no puede existir concurso entre el delito de la asociación criminal (artículo 150 CP) y los delitos concretos cometidos por aquella, como si estos subsumieran a aquel en un orden criminal lógico (*iter criminis*).⁵¹ En cuanto a la financiación del terrorismo, el injusto se concreta —desde lo objetivo— con la mera contribución económica, siempre que —desde lo subjetivo— se comparta la finalidad última del grupo terrorista.⁵²

⁴⁹ Pablo Galain Palermo, *La reparación a la víctima del daño del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 57 ss.

⁵⁰ Según Langón “la asimilación de la conspiración a la asociación (ver art. 7 CP), o dicho de otra manera, castigar la conspiración bajo el rubro de asociación para delinquir, tiene una consecuencia fundamental en cuanto a que el delito de asociación solo podrá imputarse, en los casos en que no se hubiere consumado (o tentado) el delito objeto de la asociación, porque lo contrario sería tanto como castigar etapas anteriores a la consumación y la consumación misma, como sería el caso de castigar conjuntamente el homicidio consumado y su tentativa, por cuanto antes de mata el sujeto dio siempre inicio a la ejecución”. Miguel Langón, *Código Penal y leyes complementarias*, tomo II, Montevideo: Universidad de Montevideo, 2007, p. 128.

⁵¹ *Ibidem*, p. 129.

⁵² Para el caso alemán, recientemente, Ulrich Sieber y Benjamin Vogel, *Terrorismusfinanzierung. Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht*, Berlín: MPI, 2015.

17. Terrorismo es un acto contra un orden político al que puede pretender desestabilizar, si bien las organizaciones terroristas no son extremadamente poderosas como para ocupar militarmente y controlar política y administrativamente una parte del territorio de un Estado. Es más, en ocasiones son militarmente débiles y dotadas con pocos recursos.⁵³ Ellas operan en la ilegalidad y actúan en forma secreta, justamente para no ser descubiertas y quizá derrotadas por las fuerzas legales de seguridad.⁵⁴ La lógica y la estrategia terrorista se basan en el efecto de *shock* que logren sus acciones, para llamar la atención y que su mensaje llegue a la mayor cantidad de personas e instituciones posible.⁵⁵

El terrorismo no se puede definir por la crueldad o falta de humanidad de sus atentados. Las víctimas, aun cuando sean ejecutadas con sufrimiento y dolor, son apenas medios para la transmisión de un mensaje y para demostrar que quienes no se pliegan a sus fines o se pongan en su camino pueden sufrir similares consecuencias.⁵⁶ El terrorismo tiene una estrategia definida de comunicación que varía según el mensaje y el público al que va dirigida. Dentro del concepto tradicional de terrorismo tienen cabida ataques cercanos a la conocida *guerra de guerrillas*, pero también distintas formas de manifestación de la criminalidad organizada (violencia espontánea, violencia organizada, etc.).

18. Algunos autores definen al terrorismo a partir de la comparación con la “guerra convencional” como si se tratara de una “*low intensity war*” o una forma de “guerrilla”.⁵⁷ Las diferencias ontológicas con la guerra se encuentran en la menor intensidad de los ataques, el número de víctimas, la naturaleza nacional o interna del conflicto, etc., es decir, por la menor intensidad de los ataques y el alcance regional de sus objetivos. Sin embargo, hoy en día algunos ataques terroristas pueden llegar a causar grandes estragos y cometerse mediante armas químicas o de gran poder de destrucción,⁵⁸ así como también

⁵³ Neuneck, o. cit., p. 150.

⁵⁴ Waldmann, p. 12.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 13. Estos elementos de definición conceptual son válidos para el terrorismo político, pero no pueden hacerse extensivos al terrorismo religioso. Las recientes ejecuciones del Estado Islámico contradicen parcialmente esta idea, pues a algunas de sus víctimas las han decapitado rápidamente, pero a otras las han quemado y dejado consumir hasta la muerte de un modo circense y recordatorio de la quema de brujas de la inquisición en la Edad Media.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 14.

⁵⁸ Bruce Hoffman, “New Forms of Terrorism and The Threat of Terrorist Use of Chemical, Biological, Nuclear and Radiological Weapons”, en Kai Hirschmann y Peter Gerhard (eds.), *Terrorismus als weltweites Phänomen*, Berlín: Berlin, 2000, pp. 37 ss. Si bien algunos grupos terroristas pueden tener acceso a armas de gran poder de destrucción, ellos todavía prefieren el uso de armas tradicionales, con poder de destrucción limitado. La excepción ha sido el ataque de Tokio mediante el uso de armas químicas. *Ibidem*, p. 42.

abarcar conflictos regionales que obligarían a una ampliación del concepto.⁵⁹ Los ataques terroristas hoy pueden estar justificados como meros actos de retaliación y revancha o mediante una justificación religiosa, y sus objetivos pueden ir más allá de los mensajes destinados a cambiar un orden político determinado por medio del terror, la inseguridad y el miedo masivos, y así obligar a una ampliación del concepto de terrorismo que se ha construido para explicar al terrorismo político.

19. La literatura discute si existe un “terrorismo posmoderno” que se pueda caracterizar y describir por la modalidad de empleo de la violencia. Este concepto incluiría los ataques cometidos por algunas sectas de fanáticos y situaciones en las que se puede incluir a algunos Estados que albergan en su seno a organizaciones terroristas.⁶⁰ Los ataques terroristas generalmente han tenido quien se los adjudique, pero hoy en día existe una tendencia a la anonimidad que multiplica el peligro que rodea al fenómeno⁶¹ y puede justificar ampliaciones en su prevención y represión.⁶² Incluso existen formas grises en las que se mezclan grupos terroristas con grupos de criminalidad organizada, como ha sucedido en la Federación Rusa⁶³ o con la Libia de Gaddafi,⁶⁴ con potencial para expandir los ataques a escala regional. Hay quienes se refieren a una “*organisierter Terrosistischer Kriminalität*” como nuevo concepto criminológico, el cual, sin embargo, no puede ser aceptado por el derecho penal,⁶⁵ que parte de la base de una clara delimitación conceptual como presupuesto para una investigación y una condena.

Lo cierto es que el *fenómeno terrorista* está compuesto por distintos actores, algunos como integrantes directos de los grupos criminales —figura que los asemeja a las formas de delitos asociativos, como la asociación para delinquir que conoce el sistema penal uruguayo (artículo 150)— y otros que interactúan con ellos mediante la comisión de actos criminales concretos o mediante la mera financiación que permite la subsistencia del grupo en sí mismo y la realización de los ataques terroristas. Entre unos y otros existen

⁵⁹ Klaus Lange, “Terrorismus als Folge regionaler Konflikte: Einige Hypothesen zur Frage eines erweiterten Terrorismusbegriffes”, en Kai HIRSCHMANN y Peter GERHARD (eds.), *Terrorismus als weltweites Phänomen*, Berlín: Berlin, 2000, pp. 59 ss.

⁶⁰ Neuneck, o. cit.

⁶¹ Hoffman, “New Forms...”, o. cit., p. 38.

⁶² Pablo Galain Palermo, “Recensión”, en Patricio Sabadini, *De entropías y enemigos. Un ensayo sobre derivas hobbesianas, modernidad y discursos de la exclusión*, Resistencia: ConTexto, 2014, pp. 403-406.

⁶³ Lange, o. cit., p. 66. El Departamento de Estado de los Estados Unidos viene advirtiendo a Uruguay de posibles intervenciones de la mafia rusa que ya opera en Brasil.

⁶⁴ Zöllner, o. cit., p. 9.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 8.

diferencias sustanciales que guardan relación con los aspectos subjetivos que motivan su participación y los fines que persiguen mediante sus conductas. El miembro del crimen organizado persigue un objetivo netamente económico, mientras que para el terrorista (y el financista del terrorismo) los bienes o activos son tan solo un medio para la consecución de fines ideológicos.⁶⁶ Allí reside la diferencia típica esencial entre las distintas figuras penales.

En el caso del financista, si hacemos un parangón con el artículo 152 CP que plantea una excepción a las normas de la participación criminal para abarcar el caso de aquellos que brindan “cualquier asistencia que se preste a la asociación susceptible de favorecer su acción o su mantenimiento o su impunidad”, se puede decir que el financista no debe ser miembro del grupo terrorista sino tan solo contribuir financieramente a la existencia de aquella “asociación criminal”. Un delito de este tipo solo puede ser aplicado cuando el que “asiste” no es miembro del grupo criminal ni ha tomado parte en ninguna de las acciones concretas del grupo, aunque deba compartir *ab initio* el dolo que abarca los objetivos y fines del grupo criminal.

Para el derecho penal estas áreas de actuación y las finalidades de cada partícipe tienen que estar claramente delimitadas al momento de los reproches individuales. ¿Qué sucedería con la financiación de un grupo terrorista que no estuviera activo? En casos como este, en mi opinión, debería exigirse que la financiación permita o al menos facilite la realización de actos terroristas para que podamos hablar de una figura de peligro concreto y no de un mero peligro potencial y abstracto, alejado de la concreción en un resultado. Sin embargo, el artículo 16 de la ley 18494 exige el castigo del financista con independencia de la comisión de los actos terroristas. La lógica detrás del castigo es la mera contribución a la existencia del grupo terrorista, con total independencia de la peligrosidad potencial o concreta.

20. Todos los elementos que se han mencionado deberían darse mancomunadamente para que se pueda hablar de delitos terroristas. En este sentido, en mi opinión, aunque se comparta el fin último (político, ideológico, religioso) del grupo terrorista, no basta con que se colabore de algún modo con conductas que podrían ser socialmente adecuadas o insignificantes desde el punto de vista de la afectación al bien jurídico tutelado, si no se comparten los medios violentos que deben ser utilizados para alcanzar el fin último. En otras palabras, aunque fuera a dolo eventual, los colaboradores y los

⁶⁶ *Ibidem*, p. 11.

financistas deben compartir los fines y los medios utilizados para alcanzarlos.⁶⁷ Los grupos terroristas pueden ser financiados a través de delitos cometidos por el propio grupo o a través de actividades legales (por ejemplo, donaciones).⁶⁸ La financiación del terrorismo como figura autónoma criminaliza la acción de favorecimiento de la existencia del grupo criminal por medios económicos y es totalmente independiente de la comisión de actos terroristas concretos.

5. La situación normativa y su aplicación en Uruguay

21. Como la mayoría de las legislaciones que han tratado el fenómeno del terrorismo, la uruguaya también se basa en la idea de un *derecho penal de excepción*, que parte de la mutación de los criterios materiales en la consideración de la legalidad penal.⁶⁹ Tal como sucede con el lavado de activos, la política criminal del Uruguay ha ingresado en la lucha contra el crimen organizado, las actividades terroristas y la prevención de su financiación por la vía legislativa⁷⁰ y reglamentaria.⁷¹ Siguiendo un orden cronológico en materia legislativa, el Parlamento nacional ha sancionado desde 1998 hasta la fecha las siguientes normas para la prevención del terrorismo y la lucha contra su financiamiento: ley 17016, de 28.10.1998; ley 17060, de 8.1.1999;⁷² ley 17343, de 1.6.2001;⁷³

⁶⁷ El Tribunal Supremo español ha determinado que aquello que permite incriminar terrorismo “no es su teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejecutan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el mismo produce, dirigido a torcer los mecanismos de la actividad política.” STS 29.11.1997 (RJ 8535), Patricia Faraldo, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 291.

⁶⁸ Sánchez Medero, o. cit., pp. 55 ss.

⁶⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1998, pp. 702, 820 ss. Juan Bustos Ramírez, “Inseguridad y lucha contra el terrorismo”, en Mario G. Losano y Francisco Muñoz Conde (comps.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Montevideo: Fundación Alexander von Humboldt, 2003, p. 407.

⁷⁰ <<http://www.parlamento.gub.uy> (Parlamento Nacional)>.

⁷¹ <<http://www.bcu.gub.uy> (Banco Central del Uruguay)>.

⁷² Esta ley, en su artículo 30, tipifica el delito de *blanqueo de dinero*.

⁷³ Esta ley establecía que los delitos tipificados en el artículo 5 de la ley 17016 se aplicarían también cuando el objeto material “sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: terrorismo; contrabando superior a U\$S 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos; tráfico ilícito de hombres, mujeres o niños; extorsión; secuestro; proxenetismo; tráfico ilícito de sustancias nucleares; tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos”.

ley 17410, de 6.11.2001;⁷⁴ ley 17704, de 4.11.2003;⁷⁵ ley 17835, de 29.11.2004;⁷⁶ ley 18070, de 20.12.2006,⁷⁷ y ley 18494, de 11.6.2009.⁷⁸

La última ley, en el artículo 1,⁷⁹ tipificó como terroristas a “los delitos que se ejecutaren con la *finalidad* de intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo mediante la utilización de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos o cualquier otro medio idóneo para aterrorizar a la población, poniendo en peligro la vida, la integridad física, la libertad o la seguridad de un número indeterminado de personas. La conspiración y los actos preparatorios se castigarán con la tercera parte de la pena que correspondería por el delito consumado”. En el artículo 2 permite la congelación de fondos como medida cautelar que posibilite un futuro decomiso cuando estos bienes y productos y/o sus ingresos y beneficios estén relacionados con los delitos de terrorismo, lavado de dinero y financiación del terrorismo.

22. Por su parte, el *financiamiento del terrorismo* se encuentra tipificado en el artículo 16 de la ley 18494, donde se establece: “[...] quien organizare o, por el medio que fuere, directa o indirectamente proveyere o recolectare fondos para financiar una organización terrorista o a un miembro de ésta o a un terrorista individual, con la intención que se utilicen, o a sabiendas que serán utilizados, en todo o en parte, en las actividades delictivas descritas en el artículo 14 de la presente ley, independientemente de su acaecimiento y aun cuando ellas no se desplegaren en el territorio nacional”. Este delito tiene una pena prevista de tres a dieciocho años. La ley 17835 fue la que unificó ambos

⁷⁴ Por medio de esta ley el Uruguay ratifica el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, suscrito en Nueva York el 23.11.1997. En el artículo 2 del Convenio se establece como delito terrorista: “1. [...] quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b) con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico”.

⁷⁵ Por intermedio de esta ley se aprobó el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, adoptado el 9.12.1999 en la ciudad de Nueva York, en oportunidad de celebrarse el 54.º Período de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁷⁶ Posteriormente y como consecuencia de la resolución 1373, del año 2001, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre prevención y represión de la financiación de actos de terrorismo, el Uruguay sancionó la presente ley, que regula el sistema de prevención y control del lavado de activos y de la financiación del terrorismo.

⁷⁷ Por intermedio de esta ley se implementa a nivel nacional la Convención Interamericana Contra el Terrorismo, celebrada en Barbados el 3.6.2002.

⁷⁸ Ley de Control y Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo.

⁷⁹ Este artículo modificó el artículo 14 de la ley 17835.

fenómenos porque tenía como meta fortalecer y mejorar el sistema de prevención y control del lavado de activos y la financiación para el terrorismo, según los compromisos internacionales asumidos por Uruguay.

Lo más destacado de las leyes sobre el tema, desde el punto de vista de la legalidad, es que establecieron una definición de “delitos de naturaleza terrorista” y tipificaron el delito de financiación del terrorismo, con lo que abarcaron las efectivas contribuciones de participación y colaboración con las actividades terroristas y las contribuciones financieras de quienes no participan directamente de los actos terroristas pero sí comparten las finalidades del grupo. Sin embargo, la redacción legal es poco afortunada y presenta diversos problemas de comprensión y de aplicación del fenómeno del terrorismo y de su financiación,⁸⁰ entre ellos, la elevada punición que se establece en abstracto (artículo 15).

Se ha dicho que la definición de terrorismo parece confundir el concepto de finalidad con el de medio y el de propósito con el de finalidad.⁸¹ En su parte objetiva, el artículo hace referencia a la finalidad “de causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona”, cuando para la consideración del injusto penal debió haberse referido a la utilización de medios aptos para provocar terror.⁸² Para evitar este problema de indeterminación, el peso del injusto podría recaer en criterios objetivos derivados de los medios utilizados para llevar a cabo la finalidad terrorista, pero el juicio de imputación no debería basarse en exclusiva en la mera finalidad.⁸³ Recuérdese que el terror es apenas un medio que se utiliza para una finalidad ulterior política, ideológica o religiosa, aspecto que el legislador confunde.

23. Hay que ser muy cuidadosos al delimitar conceptualmente un acto terrorista de modo que pueda ser claramente diferenciado de un delito común, porque la diferencia no radica en el número de víctimas. Generalmente los actos terroristas son cometidos por grupos de personas, por redes criminales, pero también pueden ser obra de un solo autor. Hacer explotar una bomba en una discoteca solo puede ser considerado un acto terrorista si la persona que ha colocado la bomba (que también pudo haberla fabricado,

⁸⁰ Miguel Langón, “El terrorismo en el derecho positivo nacional”, *Revista de Derecho Penal*, n.º 16, Montevideo, 2006, pp. 478 s.

⁸¹ Véase Cecilia Dómine, “Criminalidad económica y terrorismo”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 116 s.

⁸² Pablo Galain Palermo y Tomás Ruiz Díaz, “El tratamiento jurídico del terrorismo”, *Revista Penal*, 24 de julio de 2009, *La Ley*, p. 216.

⁸³ *Ibidem*, p. 215.

transportado, etc.) pertenece a una organización terrorista y utiliza esa acción como medio para una finalidad política, ideológica o religiosa.⁸⁴ Los actos terroristas tienen que tener un motivo o propósito político, ideológico o religioso y este es elemento fundamental de la definición del fenómeno. Del mismo modo, los financistas que no forman parte del grupo criminal solo podrían cometer actos de financiación de terrorismo cuando participen de estos motivos y cuando subjetivamente compartan el propósito de la agrupación. El financista debe tener al menos dolo eventual para que su acto de financiación pueda considerarse criminal. Formas indirectas y formas imprudentes de financiación no pueden considerarse típicas de este delito.

Al interpretar las acciones terroristas antecedentes al delito de lavado de dinero y el ocultamiento de bienes mal habidos (§ 261 CPA), la doctrina alemana exige una interpretación conforme a la Constitución que limite el número de personas que pueden cometer delitos relacionados con grupos o asociaciones criminales, de forma que el agente antecedente haya cometido la acción según su cualidad de miembro de una asociación criminal o terrorista.⁸⁵ Trasladada esta limitante al delito de financiación del terrorismo, solo podría ser considerado autor de este delito aquel que participa activamente del grupo criminal (y además lo financia, esto es, un miembro financista) o aquel que directa e inequívocamente la apoya o incentiva, mediante la financiación.⁸⁶

El motivo o propósito del grupo criminal identificado como elemento constitutivo del terrorismo tiene también que ser exigido para los que financian al terrorismo. Véase que la mera condición de ser considerado *miembro* o *simpatizante* de un grupo criminal cuando a esa persona no se le puede imputar funcionalmente una participación en acciones concretas (de terrorismo o financiación) no debería ser elemento suficiente para la imputación penal. La ruptura del principio de inocencia requiere pruebas concretas de participación en los hechos que se investigan para convertir la inocencia en culpabilidad, pues la mera simpatía o aquiescencia no es suficiente para cumplir con el elemento subjetivo y objetivo de la tipificación.

Según Cassese, en términos penales hay que exigir un dolo general de participar en determinados delitos (secuestro, homicidio, lesiones graves, etc.) y un dolo especial

⁸⁴ Cassese, o. cit., p. 940.

⁸⁵ Mark Zöller, "Beteiligung kriminellen und terroristischen Vereinigungen als Vortat der Geldwäsche" (hay trad. de Saad-Diniz y Sabadini en *Derecho penal y globalización*, Resistencia: ConTexto, 2014), pp. 23-40.

⁸⁶ Mark Zöller, "Zum Begriff der Kriminellen Vereinigung, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3.12.2009 - 3 StR 277/09", *Juristenzeitung (JZ)* 2010, p. 911.

de que a través de esa acción se esté compeliendo a una autoridad pública o privada (de una organización internacional) a tomar una decisión o a impedir la ejecución de una decisión ya tomada) o a llevar adelante (o impedir) determinada acción política.⁸⁷ Los delitos relacionados con el terrorismo requieren una finalidad u objetivo terrorista (*terrorist goal*) que tiene que ser abarcada por el dolo.

24. La doctrina uruguaya sostiene que el papel del derecho penal no se juega en el ámbito del derecho penal material sino procesal, principalmente en las técnicas de recolección de prueba.⁸⁸ La más alta jurisprudencia sostiene, respecto a la ley 18494, que ella se justifica por los compromisos internacionales asumidos por Uruguay, principalmente con la ONU, al ratificar mediante las leyes 17861 y 18056 las convenciones contra la delincuencia organizada y la corrupción. En ese marco, la Suprema Corte de Justicia (SCJ) legitima la constitucionalidad de la ley 18494, que “estableció un nuevo marco regulatorio en materia de control y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, en procura de combatir el crimen organizado”.⁸⁹

Parece claro que incluso para la jurisprudencia la norma cuestionada es una herramienta (posiblemente eficaz) para la lucha contra la criminalidad organizada mediante el combate del lavado de activos y la prohibición de financiación del terrorismo. La SCJ justifica la posible restricción de derechos de los indagados por temas relacionados con conductas presuntamente delictivas practicadas por presuntos miembros de grupos organizados, en cuanto se pretende un fin superior al cuidado de las garantías procesales, como es “combatir el crimen organizado”. La jurisprudencia nacional, por tanto, también aparece alineada en la argumentación de lucha o combate por encima de los principios procesales (y, posiblemente, constitucionales).

La SCJ es aún más explícita y sostiene que la restricción de derechos constitucionales de los indagados encuentra fundamento “en razones de interés general que se fundamentan en el combate al flagelo en que se han constituido los delitos del crimen organizado”.⁹⁰ Entre otros aspectos, el artículo 3 de la ley cuestionada deja sin efecto la limitación de plazo de reserva del presumario (etapa del proceso penal uruguayo en la que se constituye la mayor cantidad de prueba para la solicitud de “procesamiento” o “sujeción” del indagado al proceso que generalmente en Uruguay conlleva prisión

⁸⁷ Cassese, o. cit., pp. 939 s.

⁸⁸ Gabriel Adriasola, *La financiación del terrorismo y el lavado de dinero*, Montevideo: Carlos Álvarez, 2004, p. 72.

⁸⁹ SCJ, sentencia 264/2013 de 15.05.2013, “Proceso de Inconstitucionalidad”, Ficha, 106-127/2009, considerando IV.

⁹⁰ *Ibidem*.

preventiva) y autoriza a extenderlo más allá de un año, en contradicción del artículo 113 del Código del Proceso Penal (CPP), creando un régimen de excepción. En los hechos esto quiere decir que un indagado puede estar siendo vigilado por todo ese tiempo sin posibilidad alguna de defensa, aunque sí existirá participación del fiscal, que es quien, por ejemplo, debe solicitar las medidas de escucha telefónica o vigilancia electrónica (artículo 5).⁹¹ Es interesante observar cómo estamos ante un sistema de excepción, dado que en el sistema procesal penal todavía vigente en Uruguay solo el juez dirige la investigación durante el presuntivo. Esta modificación para la SCJ se encuentra “más que justificada en razón del interés general”, de modo que el interés general de investigar y castigar a determinados autores (el combate a determinados enemigos) es fuente de legitimación normativa.

En cuanto a la figura del colaborador, la SCJ no se pronuncia sobre la materialidad de esta, sino que dice que puede ser aplicada en los tribunales con competencia específica de combate al crimen organizado. Sobre la posible reinserción de las pesquisas secretas prohibidas por el artículo 22 CU, la SCJ sostiene que “los actos de un funcionario judicial en ejercicio de su ministerio no tienen aquel carácter”. Esta vez la justificación de una investigación secreta de hasta un año de plazo, por ejemplo, proviene de que la instrucción judicial “es una medida de orden público, correctamente justificada”. Sea como fuere, la investigación, el enjuiciamiento y la condena de miembros del “crimen organizado” (que la criminología denuncia que no sabemos cómo definirlo conceptualmente) admite algunas áreas formales de excepción, justificadas por razones de interés general en la persecución. Esta posición, que justifica el debilitamiento de las garantías en aras de la consecución de una política preventiva (bien común, interés general, etc.), no hace más que someter la razón jurídica de un Estado democrático de derecho —que solo debería reconocer *culpables o inocentes*— a la razón política, que clasifica según el código binario *enemigos o amigos*.⁹²

⁹¹ Críticamente, José Luis González, “Control y prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Ley Nº 18.494”, <<http://www.revistafacultadderecho.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/article/viewFile/76/76>>.

⁹² De la misma opinión, Faraldo, o. cit., pp. 414 s.

6. La situación fáctica en Uruguay

25. En la introducción se dijo que en Uruguay no existe la percepción social de que sea posible la realización de actos terroristas en territorio nacional; sin embargo, la idea de que puedan llevarse a cabo en un futuro cercano no es descabellada.⁹³ Aunque el territorio uruguayo, más allá de las precauciones que toman las instituciones vinculadas al Estado de Israel y a la religión judía,⁹⁴ no parece ser un blanco de actos terroristas propiamente dichos, es fundada la sospecha de que tales actos puedan ser planificados en jurisdicción uruguaya o, directamente, financiados usando la plaza bancaria o el sistema financiero uruguayos.⁹⁵ Esta suposición se apoya en que durante mucho tiempo Uruguay no ha colaborado con información económica con la justicia extranjera por impedimento del secreto bancario y tributario imperante como parte del orden público nacional e internacional.⁹⁶⁹⁷ La prensa internacional, sin embargo, habla de una “conexión Uruguay” en el ataque terrorista más importante del continente sudamericano.⁹⁸

26. En Uruguay la generación de datos y el acceso público a ellos es un grave problema para el ciudadano y para el investigador, y constituye una deficiencia democrática y sistémica. En cuanto a los datos provenientes de instituciones públicas de Uruguay, si

⁹³ <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/297713/casos-de-espias-iranies-y-sirios-violentos-inquietan-al-gobierno/?referer=titulares-de-la-jornada>>.

⁹⁴ En el marco de estrecha colaboración que brindan las agencias de seguridad israelíes a los órganos de inteligencia de Uruguay, en enero 2015 fue detectado un explosivo casero en las cercanías de la embajada de Israel, que acababa de mudarse a una nueva sede en la ciudad de Montevideo.

⁹⁵ <<http://www.elpais.com.uy/informacion/israel-advierte-avance-terrorismo-region.html>>.

⁹⁶ Véase Galain Palermo, “Lavado de activos...”, o. cit., pp. 321 ss. A principios de 2015 la región se vio sacudida con la muerte del fiscal argentino Alberto Nisman, quien se encargaba de la investigación del atentado terrorista contra la institución judía AMIA, ocurrido en Buenos Aires en 1994, identificado como el peor atentado terrorista en el continente sudamericano, con el resultado de 85 personas fallecidas. La investigación involucraba una maniobra política entre los gobiernos de Irán y Argentina que podía incriminar a las más altas esferas de ambos países, unos como autores intelectuales y otros como encubridores. Aquel atentado terrorista con sustento religioso pudo haber sido planeado y financiado desde Uruguay, presunción que no pudo ser confirmada por la justicia uruguaya.

⁹⁷ <http://www.elpais.com.uy/informacion/nisman-cristina-kirchner-amia-atentado.html?utm_source=news-elpais&utm_medium=email&utm_term=Hallaron%20muerto%20a%20Alberto%20Nisman&utm_content=19012015&utm_campaign=Resumen%20Matutino>.

⁹⁸ <<http://www.perfil.com/internacional/Quien-es-el-irani-que-alarma-al-gobierno-de-Mujica-20150207-0092.html>>. La prensa dice que, si bien la justicia uruguaya identificó una finca “en la que se alojó un político iraní sospechoso de haber planificado el acto terrorista y que fue adquirida en 2006 por la Embajada de ese país en Uruguay, [...] más allá de ese dato no pudo avanzarse en la investigación porque en esa fecha no existía la obligación de las instituciones bancarias —como sí la hay actualmente— de informar de aquellos movimientos sospechosos de lavado de activos cuyo delito precedente sea, por ejemplo, el terrorismo”.

bien podemos contar con datos estadísticos sobre causas penales y condenas, no podemos saber cuántas causas correspondieron a delitos de lavado de activos o conexos con el lavado. Se cuenta con datos sobre la cantidad de personas privadas de libertad en prisión preventiva o con condena con causa radicada en las sedes penales de la capital, pero no sabemos cuántos están privados de libertad por lavado de activos o por delitos conexos.

La literatura señala que en Uruguay son muy pocas las investigaciones judiciales que culminan con el dictado de una sentencia firme por la comisión del delito de lavado de activos, lo que evidencia la poca efectividad de la normas existentes sobre la materia.⁹⁹ Según datos aportados por el Poder Judicial ante consulta personal realizada en el mes de agosto de 2014, de 312 procesos penales iniciados entre 2005 y 2013, tan solo 22 condujeron a una condena firme por delitos relacionados con el lavado de activos. Esto indica que en nueve años de aplicación de la ley que prohíbe el lavado —en un país como Uruguay, en el que se sospecha que el lavado es una conducta frecuente mediante la utilización del sistema financiero y bancario—, tan solo se pudo probar el lavado en una veintena de casos, en ninguno de los cuales las cantidades *blanqueadas* eran capaces de poner en riesgo el orden socioeconómico. Con relación a la financiación del terrorismo no se conocen casos judicializados.¹⁰⁰

⁹⁹ Sandra Fleitas, “El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos”, <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Fleitas-Villarreal-El-bien-juridico-tutelado-en-el-delito-de-lavado-de-activos-su-regulacion-en-la-legislacion-uruguay.pdf>>, p. 180. Aquí se enumeran apenas los casos: resolución del 31.10.2005 del Juzgado Letrado de 1.ª Instancia de 3.º Turno de la Ciudad de la Costa, que condenó al autor por el artículo 54 del decreto ley 14294; resolución del 8.11.2007 del Juzgado Letrado en lo Penal de 1.ª Instancia de 4.º Turno, que condenó por el artículo 55 del decreto ley 14294, proveniente del tráfico de estupefacientes; resolución del 24.9.2008 del Juzgado Letrado de 1.ª Instancia de 3.º Turno de la Ciudad de la Costa, que condenó por los artículos 54 y 57, respectivamente, en concurso real con el delito tipificado en el artículo 32 del decreto ley 14294, con un delito base de “proxenetismo”. *Ibidem*, p. 181.

¹⁰⁰ En fecha reciente, al momento de escribir este trabajo, la justicia uruguaya ha extraditado a Bolivia a un ciudadano uruguayo-boliviano acusado de financiar a un grupo terrorista que habría atentado contra el gobierno de Evo Morales. Esta persona habría financiado la compra de billetes de avión y el armamento de un grupo de terroristas extranjeros (una especie de “legión extranjera” de mercenarios) que desde Santa Cruz habría planificado el asesinato del mandatario boliviano con el propósito de iniciar una guerra civil. Este “financista”, que habría invertido USD 20 millones en el grupo terrorista, es opositor al gobierno de Evo Morales y forma parte de la Acción Democrática Nacionalista. Según su abogada en Uruguay, se trata de un disidente político al que se le pretende aplicar la ley antiterrorista. <http://www.elpais.com.uy/informacion/justicia-concedio-extradicion-acusado-conspirar.html?utm_source=news-elpais&utm_medium=email&utm_term=Justicia%20concedio%20extradicio%20de%20acusado%20de%20conspirar%20contra%20Evo&utm_content=14042015&utm_campaign=Resumen%20Matutino>.

27. Consultada para este trabajo Graciela Gatti, primera juez titular de un juzgado letrado especializado en crimen organizado (1.º Turno), informó que entre enero de 2009 y junio 2012 fueron tramitadas algunas causas por delitos de lavado, de actores no vinculados a grandes grupos criminales o grupos terroristas. Por otra parte, no hay ningún registro de investigaciones o casos relativos a financiación del terrorismo.¹⁰¹ Como se puede apreciar, en más de tres años de dirección de un juzgado especializado en crimen organizado no solo no hubo investigaciones que condujeran a un proceso penal, sino tampoco se pudieron aplicar medidas tendientes a la recuperación de los activos de lavado. La misma situación fue confirmada en sendas comunicaciones personales por el actual fiscal encargado de uno de los juzgados especializados en crimen organizado, Gilberto Rodríguez.¹⁰²

La carencia de datos clasificados por el Poder Judicial según la naturaleza de los delitos impide brindar mayores y mejores detalles sobre esta problemática. Sin embargo, los datos averiguados indican como tendencia que no solo no existen en Uruguay casos de financiación del terrorismo (ni de terrorismo), sino que tampoco se ha intervenido en las cuentas bancarias ni se han decomisado *botines* provenientes de tales actividades o destinados a ellas. Esta carencia, inercia o ineficiencia del sistema de contralor uruguayo en referencia a los flujos de activos con origen ilícito, o que pueden tener origen lícito pero ser destinados a financiar grupos terroristas, ha sido advertida en el informe de 2014 del Departamento de Estado de los Estados Unidos.¹⁰³

28. En Uruguay, la dispersión y la confusión (normativa e informativa) caracterizan los fenómenos que se analizan. El déficit de transparencia del funcionamiento de la justicia penal y de determinadas políticas criminales públicas es un mal endémico que puede ser consecuencia del procedimiento penal inquisitivo, contrario a la normativa interamericana sobre derechos humanos, y de la ausencia de un ministerio encargado

¹⁰¹ En comunicación personal vía correo electrónico expresó: "Recuerdo sí haber recibido vía Interpol una comunicación con respecto a personas y cuentas identificadas como vinculadas a actos de terrorismo y que constaban en las listas internacionales existentes al respecto, pero efectuadas las averiguaciones del caso no surgieron elementos que permitieran el inicio de proceso alguno en el país, *ni la adopción de medidas en relación a las cuentas*, por lo que se archivaron las actuaciones". Comunicación personal del 3.9.2014. El resaltado me pertenece.

¹⁰² Consultas realizadas durante el mes de marzo de 2015.

¹⁰³ <http://www.elpais.com.uy/informacion/ee-uu-alerta-desembarco-mafia.html?utm_source=news-elpais&utm_medium=email&utm_term=EE.UU.%20alerta%20sobre%20desembarco%20de%20la%20mafia%20rusa%20en%20Uruguay&utm_content=20032015&utm_campaign=Resumen%20Matutino>.

Tabla 1. **Total de causas penales y condenas en los juzgados letrados penales de primera instancia de Montevideo y en los juzgados especializados en crimen organizado***

Año	Total causas	Total procesamientos	Total condenas	Total causas crimen organizado	Total procesos infraccionales crimen organizado	Total condenas crimen organizado	Total delitos de lavado	Total delitos de financiación del terrorismo
2009	9.455	4.016	4.368	425	57	14	#	#
2010	9.196	3.623	4.408	452	119	26	#	#
2011	9.027	3.553	4.350	510	54	35	#	#
2012	8.468	3.626	4166	408	41	28	#	#

No arroja información específica sobre el dato.

* <http://www.poderjudicial.gub.uy/images/stories/anuario/si/anuario2009.pdf>; <http://www.poderjudicial.gub.uy/images/stories/anuario/si/anuario2010.pdf>; http://www.poderjudicial.gub.uy/images/stories/anuario/Anuario/anuario_2011.pdf; http://www.poderjudicial.gub.uy/images/institucional/estadisticas/anuario_2012.pdf.

de las cuestiones de la justicia.¹⁰⁴ La dispersión también abarca los criterios manejados por la opinión pública, como ocurre con un caso reciente vinculado con intereses financieros de Vladimiro Montesinos en varios países de la región.¹⁰⁵ Los operadores

¹⁰⁴ Al momento de escribir este trabajo el Senado aprobó, en agosto de 2014, un nuevo Código de Procedimiento Procesal Penal, que tiene la particularidad de ser el primero que sería legislado en un periodo democrático y que adopta un modelo acusatorio basado en audiencias públicas y en poner punto final a un sistema de juez único encargado de la investigación, el procesamiento y la condena.

¹⁰⁵ Recientemente, en junio de 2014, los juzgados penales especializados en el Crimen Organizado iniciaron juicio con prisión preventiva a un empresario que presidía un club de baloncesto, transfería jugadores de fútbol y era titular de una casa de cambio. Según el diario *El País* de Montevideo, este sujeto recibió 256 giros de dinero provenientes de Perú, algunos de ellos por USD 5 mil y otros por montos superiores a los USD 100 mil, por lo que el total de la maniobra podría superar ampliamente la cifra de USD 1 millón. http://www.elpais.com.uy/informacion/procesados-operacion-lavado-dinero.html?utm_source=news-elpais&utm_medium=email&utm_term=Dos%20procesados%20por%20operaci%C3%B3n%20de%20lavado%20de%20dinero&utm_content=07062014&utm_campaign=Resumen%20Matutino. El mismo día el diario *El Observador* de la misma ciudad no solo mencionaba el nombre del imputado, sino que anunciaba que la cifra "lavada" ascendía a USD 25 millones. <http://www.elobservador.com.uy/noticia/280375/procesan-a-contratista-que-lavo-us-25-millones-provenientes-del-narcotrafico/>. Ambos medios, que ofrecían una información tan dispar sobre los montos y el perjuicio al orden socioeconómico, no titubeaban en informar que el dinero provenía de Perú y estaba vinculado al entorno de Vladimiro Montesinos (exasesor del expresidente Alberto Fujimori), enjuiciado en su país por narcotráfico, corrupción, enriquecimiento ilícito y lavado de activos. El empresario uruguayo recibía giros bancarios que luego eran "blanqueados" utilizando una casa cambiaria uruguaya de su titularidad (Serhnu S. A.). Según un socio dedicado a la actividad financiera (Gonzalo Núñez) y ahora indagado por la justicia

financieros uruguayos que participaban de las transferencias de dinero del exterior y hacia el exterior por cuenta y orden de Montesinos han declarado que ellos cumplieron con lo dispuesto con la ley 17835, vigente en 2007, y que no reportaron las operaciones como sospechosas por la sencilla razón de que no sospecharon de quien para ellos era un buen cliente.¹⁰⁶ Este caso reciente, vinculado a la megacausa Montesinos de corrupción en Perú, demuestra que el lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas vincula a actores de distintos países, algunos productores de sustancias psicotrópicas, otros de transporte y comercialización, y también países receptores del dinero que proviene de estas actividades. En cuanto a las relaciones entre la política supranacional regional de la que Uruguay forma parte (Mercosur, Unasur) y países extrarregión vinculados o sospechados de proteger o financiar a grupos terroristas (por ejemplo, Irán, Rusia), hay más incertidumbre que certezas. En marzo de 2015, según una diputada argentina, Irán tiene estrechas relaciones e intereses en la triple frontera entre Argentina, Brasil y Paraguay (en la que se sospecha actúan grupos terroristas y también quienes financian actividades terroristas) y, además, los iraníes, junto con los venezolanos, “tienen un partido ya en Uruguay que se llama Unidad Popular”.¹⁰⁷

penal “él cumplió con la ley”, actuó siempre “con profesionalidad” y “buena fe”, y “si llega a prosperar en la Justicia la acusación de la Policía, queda indefensa toda la plaza financiera uruguaya”. El financista triangulaba el dinero entre Perú, España y Uruguay. “La empresa fluvial giró los fondos desde Perú hacia una cuenta de la S. A. de Núñez en un banco de España. Luego, el monto fue entregado en efectivo en el cambio Serhnu de Montevideo a una cooperativa de crédito argentina que giraba dinero desde Argentina hacia cuentas en Perú vinculadas al mismo grupo de narcotraficantes”. Según el financista uruguayo: “Este es un negocio que se llama canje: transferencia sobre billete”, aseguró el financista. Por ese “canje”, Núñez recibió una comisión. “De eso viven los cambios. Esta operativa la hacen todos los cambios de plaza con cada uno de los clientes debidamente identificados”. <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/301261/si-me-procesan-tiene-que-ir-en-cana-toda-la-plaza-financiera/>>. La conexión con el dinero de la droga y de la corrupción peruana no está clara para la justicia uruguaya, pero todo indica que se trata de una amplia red multinacional que cuenta con más de 30 empresas fluviales radicadas en Argentina, entre las que se encontraba la propietaria de barcazas con las que traficaban droga. El empresario también habría lavado dinero de carteles mexicanos, lo que indicaría que las cantidades recicladas solo por esta persona se acercan más a la cifra denunciada por el diario *El Observador*, pero que podrían superar incluso esa cifra en varios millones. Según explicó el juez Valetti a *El Observador*: “[...] el empresario Sergio Hermida registra múltiples salidas tanto a Perú como Argentina, pero también se constataron numerosos viajes a Venezuela y Panamá, por lo que se indagará otros posibles vínculos. El fiscal Gómez dijo que por el momento no surge que haya otras personas vinculadas al caso en Uruguay”. <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/280375/procesan-a-contratista-que-lavo-us-25-millones-provenientes-del-narcotrafico/>>.

¹⁰⁶ <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/301261/si-me-procesan-tiene-que-ir-en-cana-toda-la-plaza-financiera/>>.

¹⁰⁷ Irán, junto con Brasil y Venezuela, según la diputada argentina, apoyaría fervientemente la candidatura del exministro de Relaciones Exteriores de Uruguay, Luis Almagro, a la Secretaría General de la OEA. <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/300034/carrio-inteligencia-irani-postula-a-almagro-a-la-oea34/?referer=noticias-al-mediodia>>.

Si todas las sospechas fueran ciertas, el continente latinoamericano se convertiría en una amplia zona de intercambio de productos provenientes de actividades criminales (en lo que refiere al narcotráfico, por ejemplo, abarcaría la cosecha, la producción, la comercialización, el consumo y la reintroducción de los fondos ilícitos en la plaza financiera).¹⁰⁸

El caso aquí mencionado que vincula a Montesinos en Perú con empresas argentinas y venezolanas, así como con la plaza financiera de España, Uruguay y Panamá, no es un caso aislado, sino tan solo uno reciente que muestra la punta de un iceberg y que por sí solo no permite entender cómo funcionan o hasta dónde se extienden estas redes criminales. En lo que refiere al lavado de dinero, desde tiempo atrás los carteles colombianos y mexicanos, principalmente, utilizan la plaza uruguaya para reintroducir el dinero proveniente del narcotráfico en el mercado legal.¹⁰⁹

En lo que refiere a la financiación del terrorismo, un sector de la literatura nacional habla de auténticos *networks ilícitos* que se valen de mecanismos financieros en distintos territorios (el ejemplo más conocido es la triple frontera entre Argentina, Brasil y Paraguay) para el blanqueo de activos provenientes del “contrabando, el narcotráfico, el tráfico de armas y el terrorismo internacional”.¹¹⁰ La conexión con el Uruguay de las actividades criminales y los grupos terroristas que operan en estas *fronteras* alejadas del territorio nacional solo puede provenir de la utilización del mercado económico-

¹⁰⁸ Ello ha llevado a algunos a decir —de forma un tanto exagerada— que “la totalidad del continente americano es considerado una ‘gran zona geográfico-criminal’”. Berndt Thamm, “*Networkcrime*: La influencia del crimen organizado en América Latina y Europa, bajo la consideración especial de la criminalidad resultante de las drogas”, en Dorothea SCHRECK (coord.), *Farmacodependencia y Política de Drogas*, Bogotá: Kimpres, 2002, p. 213

¹⁰⁹ La guerra contra las drogas ha creado durante años las condiciones para el enriquecimiento de los delincuentes que actúan en la esfera internacional y ha beneficiado únicamente a determinadas instituciones vinculadas con el Ejército o la Policía, como se desprende de los Planes Colombia y Mérida. Alain Labrousse, “The War against Drugs and the Interests of Governments”, en Menno VELLINGA (ed.), *The Political Economy of the Drug Industry. Latin America and the International System*, Florida (EUA): University Press of Florida, 2004. Posiblemente, el cambio de paradigma emprendido por Uruguay con la “regulación del mercado de cannabis” pueda influir a corto o mediano plazo en cuanto a la relación entre narcotráfico y lavado de activos. En ese sentido, la prohibición alimenta al mercado ilegal y permite el enriquecimiento ilícito de los distintos actores participantes del tráfico y de algunos funcionarios “encargados” de su control y prohibición (prevención y represión), ganancias ilícitas que tienen que ser reintroducidas en el curso legal por parte de sus “beneficiarios”. Véase Pablo Galain Palermo, “¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay”, *Revista Penal*, 2014, pp. 34-53. Lo interesante sería observar si también el cambio del modelo de guerra hacia uno de regulación tiene alguna influencia en cuanto al tema de financiación del terrorismo.

¹¹⁰ Raúl Cervini, “Aproximación al combate del *riciclaggio* originado en actividades terroristas”, CIIDPE, <www.ciidpe.com.ar>.

financiero uruguayo para la reintroducción del capital obtenido ilícitamente en el flujo económico legal. Todo indica que en Uruguay no se encuentran los financistas del terrorismo sino los mecanismos legales (operadores, instituciones) de los que estos se valen para la financiación.

7. ¿Cuál es la lógica detrás de la norma?: ¿lavado de activos en Uruguay para financiar el terrorismo o financiación del terrorismo mediante lavado de activos?

29. No es clara la lógica detrás de la norma implantada en Uruguay para el combate del terrorismo y de sus financistas. Todo sugiere que el éxito de la política criminal no se concentra en las manos de los jueces, sino que debería basarse en una efectiva política administrativa de contralor financiero. La lucha contra los financistas del terrorismo solo puede brindar un escenario de éxito en el campo de las finanzas y la plaza bancaria. En cuanto refiere a la vía reglamentaria, el 21 de diciembre del año 2000 el Banco Central del Uruguay (BCU) emitió la circular 1722, que creó la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF),¹¹¹ y estableció la obligación para las instituciones o empresas que realizan actividades de intermediación financiera de reportar toda operación sospechosa. La UIAF uruguayo también se vincula con el Grupo Egmont,¹¹² organismo internacional que las agrupa a modo de red internacional para intercambiar información, conocimientos y tecnología, siempre para la “lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo”.¹¹³

¹¹¹ Esta entidad funciona dentro de la Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera.

¹¹² El Grupo Egmont “comenzó como un foro en el año 1995, que se reunió en el Palacio Egmont-Arenberg, en Bruselas, donde se realizó el primer encuentro, y de donde tomó su nombre. Su estructura consiste en un comité (Egmont Committee), una secretaría (Egmont Secretariat) y grupos de trabajo (Legal, de Extensión, Operativo, de Tecnología Informática). <<http://www.bcu.gub.uy/Servicios-Financieros-SSF/Paginas/Lavado-de-Activos.aspx>> (11.9.2014). Este grupo tiene como objetivos: 1) expandir y sistematizar la cooperación internacional en el intercambio recíproco de información de inteligencia financiera; 2) compartir conocimientos y experiencias; 3) ofrecer capacitación para incrementar la eficiencia de las UIF; 4) incrementar el uso de tecnología. Pablo Salmieri, “Caracterización de la maniobra de lavado de dinero. El denominado ‘delito complejo’”, *Pensamiento Penal*, <<http://www.pensamiento-penal.com.ar/>> (11.9.2014).

¹¹³ La comunicación 2012/191, de 2012, refiere a una “serie de tipologías o patrones de transacciones que podrían estar relacionadas con la financiación del terrorismo”. Tiene el objetivo de “señal de alerta” sobre fuentes de financiación y mecanismos de lavado para asegurar los fondos de la organización. <<http://www.bcu.gub.uy/Comunicados/segcco12191.pdf>>.

Esta normativa provoca un gran problema para el Estado uruguayo y su sistema administrativo —y en mucho menor medida para su sistema jurídico-penal—, por cuanto el fenómeno del lavado de activos y la financiación del terrorismo están estrechamente relacionados con su sistema tributario y bancario (financiero), basado en el sigilo, y obliga a disminuir las “fortalezas” de su sistema financiero como “sitio seguro para invertir”. El problema no solo se agrava porque las cargas de vigilancia se trasladan a todo un sector de operadores del ámbito financiero y profesional, sino también porque esta normativa generada en el ámbito supranacional convierte al Uruguay en una plaza financiera insegura e inhóspita para el capital extranjero. Este problema, sin embargo, no parece ser advertido como tal por las instituciones nacionales, en tanto según la Secretaría Nacional Antilavado del Uruguay existe un vínculo muy fuerte entre la financiación del terrorismo y las operaciones de lavado de dinero.¹¹⁴

30. En los últimos años Uruguay ha fortalecido algunos mecanismos de control sobre los flujos de activos. La reciente Ley de Inclusión Financiera (19210, de 2015) establece el pago de salarios, pensiones y otras transacciones por medios electrónicos, lo que puede ser entendido como un sistema de registro constante que puede disminuir los riesgos de lavado de dinero gracias al impulso de los medios de pago electrónicos en detrimento del efectivo. En ese mismo sentido, en materia legal se eliminaron las corporaciones con acciones al portador que no registran a los propietarios de esos títulos. Ambas leyes fueron consideradas satisfactorias por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, aunque se considera que todavía falta legislar para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas.¹¹⁵

31. A pesar de toda esta normativa que permite la investigación y el castigo de la financiación de grupos terroristas con independencia de la realización de acciones criminales, en Uruguay no hay reportes de operaciones sospechosas ni causas judiciales que vinculen operativamente el financiamiento del terrorismo con el lavado de dinero. El dinero reintroducido o “lavado” puede ser utilizado para la financiación de actividades vinculadas al terrorismo, al deporte, a la caridad o para diversos emprendimientos financieros y comerciales. En el caso uruguayo, todo indica que el dinero proveniente

¹¹⁴ <http://www.presidencia.gub.uy/wps/wcm/connect/antilavado/sitio-generico/inicio/preguntas-frecuentes/pregunta_frecuente_3> (22.8.2014).

¹¹⁵ <http://www.elpais.com.uy/informacion/ee-uu-alerta-desembarco-mafia.html?utm_source=news-elpais&utm_medium=email&utm_term=EE.UU.%20alerta%20sobre%20desembarco%20de%20la%20mafia%20rusa%20en%20Uruguay&utm_content=20032015&utm_campaign=Resumen%20Matutino>.

de actividades ilícitas ingresa al sistema financiero y económico uruguayo tan solo para su *blanqueamiento* y posterior utilización en otras actividades, entre las cuales hipotéticamente se cuenta la financiación de ataques terroristas (esta hipótesis no pueda ser verificada con datos empíricos).

La praxis uruguaya permite plantear las siguientes preguntas: ¿Qué tienen en común el lavado de activos con la financiación del terrorismo? ¿Se utiliza en realidad el lavado de activos para financiar actos terroristas o se lava dinero proveniente de actividades terroristas? ¿Hay datos oficiales (o al menos sospechas) que indiquen cuáles son esas actividades terroristas precedentes al lavado de activos? En realidad, si bien se puede entender que los *botines* (dinero sucio) conseguidos mediante actos vinculados al terrorismo (secuestro extorsivo, por ejemplo) pueden luego ser introducidos al mercado legal para su blanqueamiento, no queda demasiado claro por qué se incluye a la financiación del terrorismo como delito precedente del lavado. Según la definición uruguaya, comete este delito “el que *organizar* o, por el medio que fuere, directa o indirectamente, *proveer* o *recolectar* fondos *para financiar* una organización terrorista o a un miembro de ésta o a un terrorista individual, *con la intención* que se utilicen o a sabiendas que serán utilizados, en todo o en parte, en las actividades delictivas descritas en el artículo 14 de la presente ley, *independientemente de su acaecimiento...*”. Como se puede apreciar, no se requiere siquiera la tentativa de un acto terrorista para cumplir con el tipo de esta figura delictiva que puede ser considerada delito precedente de lavado de dinero.

La ley 18494 recoge las sugerencias recibidas del GAFI para ajustar los tipos penales de terrorismo y financiamiento del terrorismo a las que se califican como “nuevas exigencias internacionales”,¹¹⁶ posiblemente para poder aplicar todas las figuras procesales y la limitación de garantías y de principios que rigen para la investigación y la recolección de pruebas utilizados para el “combate del lavado de activos”. Hay que partir de la base de que, por un lado, en la normativa uruguaya (artículo 8 de la ley 18494) se tipifica el fenómeno del lavado de dinero proveniente de actividades terroristas (artículo 8.2) y la financiación del terrorismo (artículo 8.3), donde el terrorismo y/o su financiación son considerados como delitos precedentes del lavado. Por otro lado, existe un delito autónomo de financiación del terrorismo (artículo 16 de la ley 18494), cuya única relación

¹¹⁶ En lo que refiere al delito de terrorismo se sugiere punir la conspiración y los actos preparatorios; en lo que hace al delito de financiamiento del terrorismo: a) establecer la no necesidad de que el acto terrorista se comience a ejecutar para que se consuma el delito de financiamiento, b) punir el financiamiento, ya sea que este alcance a una organización terrorista, a un miembro de esta o a un terrorista individual.

con el lavado puede provenir de las operaciones tendientes a ingresar los fondos ilícitos (obtenidos mediante secuestros, extorsiones, estafas, proxenetismo, tráfico de personas, etc.) en el mercado financiero a fin de obtener una mejor disponibilidad de los fondos para una supuesta financiación de actividades terroristas en el futuro.

Pero debe quedar claro que tanto una como otra actividad corren como si fueran líneas paralelas que pueden o no convertirse en tangentes o secantes. Esto quiere decir que no estamos ante fenómenos necesariamente concurrentes, por más que la política criminal internacional de guerra pretenda reunirlos como si estuviéramos ante el mismo problema y los mismos actores. La pregunta que se debe responder es: ¿por qué desde el ámbito de la política criminal internacional se pretende *confundir* ambos fenómenos, cuando en lo normativo (derecho penal material) están claramente diferenciados?¹¹⁷ En los hechos, el lavado parecería ser una etapa previa al ataque terrorista (o a la financiación del grupo terrorista), de modo que el reproche no parece vincularse al acto terrorista en sí mismo sino a la contribución para la existencia de la organización terrorista responsable (o no) de futuros ataques.

El orden jurídico penal uruguayo atrapa todas las modalidades posibles de organización para la recolección y contribución a la financiación de grupos terroristas (aun cuando no hayan cometido atentados terroristas), así como también castiga el blanqueo posterior de los *botines* de las actividades terroristas. Incluso, según dispone la ley 18494, es posible llegar a congelar los fondos que “podrían ser destinados” a financiar al terrorismo. En todos los casos, la legitimación del tratamiento unitario de estos fenómenos viene de la mano de la “amenaza que ambos provocan a la estabilidad financiera, ya que las relaciones de negocio con terroristas pueden exponer a las instituciones financieras a riesgos significativos para su reputación, operacionales y legales”.¹¹⁸ En el caso del lavado, se trata de impedir el disfrute del capital ilícito, mientras que en la financiación del

¹¹⁷ En Europa ambos fenómenos fueron asociados para afrontar el problema de las Brigadas Rojas en Italia y la Fracción del Ejército Rojo en Alemania que dieron lugar a la recomendación (80) 10 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, de 27.6.1980. Las recomendaciones del GAFI y el artículo 18 de la Convención para la Represión de la Financiación del Terrorismo los han vuelto a emparentar para prevenir la captación de fondos que pueden ser utilizados en actos terroristas. Y, por último, los ataques del terrorismo islámico del 11.9.2011 contra intereses civiles de Estados Unidos (en Estados Unidos) fueron decisivos para la obligación de tipificar a la financiación del terrorismo como delito precedente del lavado de dinero. Véase Patricia Faraldo, “La prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: ¿es conveniente dar un tratamiento similar a dos fenómenos distintos?”, en Dino Carlos Caro Coria y Luis Miguel Reyna Alfaro (coords.), *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo*, Lima: CEDPE, 2013, p.33.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 34.

terrorismo se trata de impedir que el capital (de fuente lícita o ilícita) llegue a manos de los terroristas.¹¹⁹

32. En cuanto al éxito de la política criminal de combate al fenómeno de la financiación del terrorismo mediante la inmovilización de capitales o el decomiso, hay quien sostiene que aquella está mal diseñada porque se ha pensado según la lógica occidental de la debida diligencia (propia del capitalismo), que es imposible de controlar en un sistema bancario basado en principios islámicos.¹²⁰ Otras formas de financiación sugeridas son las empresas *fantasma* o *tapadera*, extendidas globalmente; el sistema bancario clandestino (no reglado) denominado *Hawala*, utilizado para transferencias internacionales que no dejan registro de personas ni empresas,¹²¹ y las donaciones de asociaciones benéficas o de caridad.¹²²

Esta crítica a una política criminal diseñada según parámetros de contralor de *Occidente* para combatir un fenómeno de *Oriente*, de algún modo, por un lado, vuelve a la lógica geopolítica de la *guerra de civilizaciones* y sugiere *ajustes culturales* en el diseño político-criminal de contralor, y, por otro lado, refuerza la teoría del enemigo externo de un sistema financiero-bancario ajeno a las actividades delictivas (ya se trate de lavado o de financistas de grupos y actividades terroristas).

¹¹⁹ La doctrina trata el tema de la financiación como un “blanqueo al revés”: mientras el activo se “lava” para ocultar el origen ilícito al introducirlo en la economía legal, en la financiación del terrorismo el dinero (que podría ser de origen lícito o ilícito) se “ensucia” por el destino ilegal al que se lo dispone. *Ibidem*, p. 35. Según Adriasola, el proceso de financiación del terrorismo no solo se diferencia sino que es inverso al del “lavado de activos”, pues en este último el botín ilícito que proviene de los circuitos clandestinos debe ser reenviado al mercado lícito bajo su nueva apariencia, mientras que en el financiamiento del terrorismo la conducta delictiva consiste en sacar del mercado lícito el dinero para enviarlo a los circuitos clandestinos, esto es, en lugar de lavar se trata de ensuciar el dinero limpio o lícitamente obtenido. Véase Adriasola, o. cit., p. 21.

¹²⁰ Según Cervini, el terrorismo islámico no blanquea el dinero a través de la plaza bancaria sino de entregas de dinero en metálico por medio de correos personales, cuyo origen son donaciones privadas y dinero proveniente de delitos comunes. Para este autor ese dinero llega a los terroristas sin pasar por el mercado financiero o bancario, “salvo excepciones derivadas de necesidades operativas o comerciales del grupo, ya blanqueadas”. Cervini, o. cit.

¹²¹ *Ibidem*; también Sánchez Medero, o. cit., pp. 63 ss.

¹²² Sánchez Medero, o. cit., p. 55. Para esta autora hay tres grandes fuentes de financiación: “1) De los Estados u organizaciones con infraestructura lo suficientemente grande para tener los fondos y hacerlos llegar a las organizaciones. 2) De actividades criminales de las que se obtienen beneficios, como el secuestro o la extorsión, el eufemísticamente llamado “impuesto revolucionario”. Aunque también con los robos a gran escala, los timos, los fraudes y el tráfico de drogas, etc. 3) De actividades aparentemente legales como pueden ser la utilización de las ONG u otras organizaciones humanitarias, o de entramados empresariales creados únicamente para financiar a las organizaciones”. *Ibidem*, pp. 52 s.

8. Conclusión

33. La comunidad internacional, aunque no se haya puesto de acuerdo en la definición normativa de terrorismo ni sobre su consideración como crimen internacional, se encuentra en guerra contra los individuos y las asociaciones capaces de poner en peligro la paz y la seguridad pública de las naciones mediante el empleo de *medios violentos* capaces de *causar terror en la población civil* para conseguir *finés políticos, ideológicos*¹²³ o *religiosos*, obligando a los Estados u organizaciones internacionales a realizar o abstenerse respecto a alguna decisión de su ámbito de competencia que provoque un *cambio político*. Esta forma de criminalidad para cuya prevención y represión basta la mera existencia de un peligro cuenta con distintas fuentes de financiación y tiene acceso a variados medios financieros que posibilitan su existencia, la propagación de sus ideas para el reclutamiento de nuevos miembros mediante el uso del ciberespacio¹²⁴ y la comisión de sus actos ilícitos.

El peligro abstracto que este fenómeno criminal concita al constituir un “estado permanente de miedo” refuerza la política criminal internacional que exige a los Estados reprimir las etapas previas al comienzo de ejecución mediante la tipificación de delitos de financiación como delito autónomo. De esta forma se prohíbe no solo pertenecer o colaborar, sino también financiar la mera existencia de estos grupos denominados *terroristas*. En este contexto, una de las armas principales en esta lucha es la confiscación y el decomiso de las ganancias ilícitas una vez cometidos los actos criminales y antes de que puedan ser reintroducidas en el mercado financiero mediante procesos de blanqueamiento; incluso, aunque ellos no provengan de actividades delictivas, antes de que puedan servir para la financiación de “asociaciones criminales” capaces de cometer ataques terroristas.¹²⁵

¹²³ Quienes trabajan el terrorismo islámico, sin embargo, sostienen que “terrorism is a certain modus operandi of political violence or social activism. Terrorism is a method and a strategy and not an ideology or world view”. Andreas Armbrorst, “Jihadism, terrorism, and the state”, en Andreas Armbrorst y David Jensen (eds.), *Retaliation, Mediation and Punishment, Summary of Proceedings*, Friburgo: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, IMPRS REMEP Winter University, 2009, p. 6.

¹²⁴ Sobre el tema, Ulrich Sieber y Philipp Brunst, *Cyberterrorism – the use of the Internet for terrorist purposes*, Estrasburgo: Consejo de Europa, 2007-2008.

¹²⁵ El impreciso concepto de “criminalidad organizada” vinculado a la actividad económica es el elemento que permitió ampliar la lista de delitos precedentes hasta incluir a la financiación del terrorismo. La política criminal interna-

34. La literatura especializada vaticina que la “lucha internacional contra el terrorismo” y sus formas de financiación desembocarán en una “armonización normativa y práctica”.¹²⁶ Este trabajo permite validar parcialmente este vaticinio, porque en el caso de Uruguay se ha legislado en el sentido de armonización normativa, pero la praxis judicial no refleja un espíritu de combate. Esto sugiere, por un lado, una contradicción entre la *ratio legis* impuesta desde lo internacional por actores supranacionales y nacionales de Estados poderosos que pretenden globalizar *luchas* o *combates* contra fenómenos como el tráfico de drogas¹²⁷ o el reciclaje del dinero obtenido por las asociaciones criminales que se dedican a estos tráficó, y que, al parecer, puede ser también utilizado para la financiación del terrorismo. Esta política criminal comparte el discurso beligerante de combate contra las asociaciones que se dedican al *crimen organizado*¹²⁸ (aunque todavía no exista claridad conceptual sobre las características que lo definen)¹²⁹ o a cometer atentados terroristas. Esta política criminal unifica las armas para luchar contra fenómenos que atacan bienes jurídicos tan dispares como el orden socioeconómico y la paz o seguridad pública. Por otro lado, se puede pensar que para un Estado como Uruguay el interés político-criminal nacional no se condice con la persecución y la punición del lavado de los activos, sino que la persecución de los delitos precedentes sería suficiente. Según esta lógica, puede existir un interés cuando existan sospechas de conductas de lavado de dinero para la financiación del terrorismo, aunque en estos supuestos se invierta la lógica de

cional ha conducido a un derecho penal de “intervención” que se concentra en la recuperación del activo ilícitamente obtenido (decomiso), construido sobre una base administrativa y otra jurídico-penal.

¹²⁶ Norberg, o. cit., p. 271.

¹²⁷ De acuerdo con los datos obtenidos según la praxis judicial, el combate se realiza exclusivamente contra el tráfico de drogas (el tráfico de armas ni siquiera está tipificado).

¹²⁸ Este discurso internacional lleva insita la teoría criminológica de la “conspiración extranjera” y facilita la creación de la figura de determinados enemigos del sistema, inflacionando su poder, su peligrosidad y sus ganancias ilícitas. Véase Fernández Steinko, *Las pistas falsas...*, o. cit., p. 259. Esta lógica lleva a una contradicción entre el discurso político criminal internacional y los posibles intereses nacionales, en particular, de Estados que no se ven perjudicados por los fenómenos que la comunidad internacional exige combatir como si se tratara de una amenaza a escala mundial.

¹²⁹ En general se utiliza el término para describir a grupos criminales con características similares a las mafias italianas, rusas, turcas, albanesas, etc., esto es, organizaciones jerarquizadas y duraderas que han trasladado modalidades y objetivos empresariales desde el mercado legal al ilegal y que persiguen y obtienen cuantiosos beneficios económicos. Las ganancias ilícitas son tan importantes que se las identifica como una gran amenaza para las instituciones encargadas de las finanzas y de dirigir la economía. Estos elementos característicos de la definición de crimen organizado son criticados por la criminología, que señala las paradojas y los inconvenientes de una definición de criminalidad organizada basada en estos aspectos. Véase Letizia Paoli, “Las paradojas del crimen organizado”, en Armando Fernández Steinko (ed.), *Delincuencia, finanzas y globalización*, Madrid: CIS, 2013, pp. 133-174.

persecución del delito precedente en cuanto el lavado antecede al delito de financiación del terrorismo.¹³⁰

35. Para finalizar, vale recordar la gravedad ontológica del delito de terrorismo como amenaza permanente a la paz y seguridad de los individuos en general y la aparente neutralidad ontológica del delito de financiación del terrorismo (financiación de una asociación de la que no se forma parte), que se vuelve una conducta criminal no solo cuando el aporte financiero tiene como destinatario al grupo terrorista (aspecto objetivo), sino también cuando se comparten los objetivos de esa *asociación criminal* a la que se financia (aspecto subjetivo).

Bibliografía

- ADRIASOLA, Gabriel, *La financiación del terrorismo y el lavado de dinero*, Montevideo: Carlos Álvarez, 2004.
- ALBRECHT, Hans-Jörg, “Terrorismo e investigación criminológica. Un inventario” (trad. Marteau), en *Criminalidad compleja. Terrorismo. Cybercriminalidad*, Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Política Criminal, y La Ley, 2004.
- ALBRECHT, Peter-Alexis, “Krieg gegen den Terror. Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht”, *ZStW*, n.º 117, 2005.
- AMBOS, Kai, “Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿Es el terrorismo un crimen internacional?” (trad. Ezequiel Malarino), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7, 2012.
- “Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law?”, *Leiden Journal of International Law*, n.º 24, 2011.
- AMBOS, Kai, y Anina TIMMERMANN, “Terrorism and customary international law”, en Ben SAUL (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014.
- ARMBORST, Andreas, “Jihadism, terrorism, and the state”, en Andreas ARMBORST y David JENSEN (eds.), *Retaliation, Mediation and Punishment, Summary of Proceedings*, Friburgo: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, IMPRS REMEP Winter University, 2009.
- “A Profile of Religious Fundamentalism and Terrorist Activism”, *Defence Against Terrorism Review*, 2009, vol. 2, n.º 1.

¹³⁰ En estos casos se invierte la lógica político-criminal porque el injusto se concentra en la finalidad de apoyar económicamente a movimientos terroristas y en mucho menor medida en la posible lesión del bien jurídico identificado en el delito de lavado de dinero.

- “Radicalisation and de-radicalisation of social movements: The comeback of political Islam?”, *Crime, Law and Social Change*, October 2014, vol. 62, n.º 3.
- BÖHM, Maria Laura, “Políticas de seguridad y neoliberalismo”, en Armando FERNÁNDEZ STEINKO (ed.), *Delincuencia, finanzas y globalización*, Madrid: CIS, 2013.
- BOVARD, James, *Terrorismo y tiranía. Limitar la libertad, cercenar la justicia y alterar la paz ¿para liberar al mundo del mal?*, Buenos Aires: El Ateneo, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Inseguridad y lucha contra el terrorismo”, en Mario G. LOSANO y Francisco MUÑOZ CONDE (comps.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Montevideo: Fundación Alexander von Humboldt, 2003.
- CASSESE, Antonio, “The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law”, *JICJ*, n.º 4, 2006.
- CERVINI, Raúl, “Aproximación al combate del *riciclaggio* originado en actividades terroristas”, CIIDPE, www.ciidpe.com.ar.
- DÓMINE, Cecilia, “Criminalidad económica y terrorismo”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- FARALDO, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- “La prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: ¿es conveniente dar un tratamiento similar a dos fenómenos distintos?”, en Dino Carlos CARO CORIA y Luis Miguel REYNA ALFARO (coords.), *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo*, Lima: CEDPE, 2013.
- FERNÁNDEZ STEINKO, Armando, *Las pistas falsas del crimen organizado. Finanzas paralelas y orden internacional*, Madrid: Catarata, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1998.
- FLEITAS, Sandra, “El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Fleitas-Villarreal-El-bien-juridico-tutelado-en-el-delito-de-lavado-de-activos-su-regulacion-en-la-legislacion-uruguaya.pdf>.
- GALAIN PALERMO, Pablo, “Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica”, en Kai AMBOS, Dino Carlos CARO CORIA y Ezequiel MALARINO (coords.), *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Lima: Jurista, 2015.
- “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”, *International Criminal Law Review*, vol. 10, n.º 4, 2010, pp. 601-618.
- “Recensión”, en Patricio SABADINI, *De entropías y enemigos. Un ensayo sobre derivas hobbesianas, modernidad y discursos de la exclusión*, Resistencia: ConTexto, 2014.
- “¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay”, *Revista Penal*, 2014, pp. 34-53.
- *La reparación a la víctima del daño del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

- GALAIN PALERMO, Pablo, y Tomás RUIZ DÍAZ, “El tratamiento jurídico del terrorismo”, *Revista Penal*, 24 de julio de 2009, La Ley.
- GONZÁLEZ, José Luis, “Control y prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Ley N° 18.494”, <http://www.revistafacultadderecho.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/article/viewFile/76/76>.
- HOFFMAN, Bruce, “New Forms of Terrorism and The Threat of Terrorist Use of Chemical, Biological, Nuclear and Radiological Weapons”, en Kai HIRSCHMANN y Peter GERHARD (eds.), *Terrorismus als weltweites Phänomen*, Berlín: Berlin, 2000.
- *Terrorismus - Der unerklärte Krieg. Neue Gefahren politischer Gewalt*, Fráncfort: Fischer, 1999.
- HUNTINGTON, Samuel, “¿Choque de civilizaciones?”, https://uam.es/personal_pdi/derecho/acampos/Huntington_ChoqueCivilizaciones.pdf.
- JAKOBS, Günter, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, en A. ESER, W. HASSEMER y B. BURKHARDT (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende-Rückbesinnung und Ausblick*, Múnich: Beck, 2000.
- LABROUSSE, Alain, “The War against Drugs and the Interests of Governments”, en Menno VELINGA (ed.), *The Political Economy of the Drug Industry. Latin America and the International System*, Florida (EUA): University Press of Florida, 2004.
- LANGE, Klaus, “Terrorismus als Folge regionaler Konflikte: Einige Hypothesen zur Frage eines erweiterten Terrorismusbegriffes”, en Kai HIRSCHMANN y Peter GERHARD (eds.), *Terrorismus als weltweites Phänomen*, Berlín: Berlin, 2000.
- LANGÓN, Miguel, *Código Penal y leyes complementarias*, tomo II, Montevideo: Universidad de Montevideo, 2007.
- “El terrorismo en el derecho positivo nacional”, *Revista de Derecho Penal*, n.º 16, Montevideo, 2006.
- MERLO, Alfonso, *La evolución estructural de Al Qaeda. Ventajas operativas y desafíos para el contraterrorismo*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 11.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- NEUNECK, Götz, “Terrorismus und Massenvernichtungswaffen – eine neue Symbiose?“, en Kai HIRSCHMANN y Peter GERHARD (eds.), *Terrorismus als weltweites Phänomen*, Berlín: Berlin, 2000.
- NORBERG, Naomi, “¿Una aproximación armonizada para combatir el terrorismo internacional? Un camino a seguir”, en M. DELMAS-MARTY, M. PIETH y U. SIEBER (dirs.), *Los caminos de la armonización penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- PAOLI, Letizia, “Las paradojas del crimen organizado”, en Armando FERNÁNDEZ STEINKO (ed.), *Delincuencia, finanzas y globalización*, Madrid: CIS, 2013.
- SALMIERI, Pablo, “Caracterización de la maniobra de lavado de dinero. El denominado ‘delito complejo’”, *Pensamiento Penal*, <http://www.pensamientopenal.com.ar/> (11.9.2014).

- SÁNCHEZ MEDERO, Gema, “Las fuentes de financiación legales e ilegales de los grupos terroristas”, *Política y Estrategia*, n.º 112, 2008.
- SIEBER, Ulrich, y Philipp BRUNST, *Cyberterrorism – the use of the Internet for terrorist purposes*, Estrasburgo: Consejo de Europa, 2007-2008.
- SIEBER, Ulrich, y Benjamín VOGEL, *Terrorismusfinanzierung. Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht*, Berlín: MPI, 2015.
- THAMM, Berndt, “Networkcrime: La influencia del crimen organizado en América Latina y Europa, bajo la consideración especial de la criminalidad resultante de las drogas”, en Dorothea SCHRECK (coord.), *Farmacodependencia y Política de Drogas*, Bogotá: Kimpres, 2002.
- TERESTCHENKO, Michel, *O bom uso da tortura. Ou como as democracias justificam o injustificável*, São Paulo: Loyola, 2011.
- TOPHOVEN, Rolf, “Fundamentalistisch begründeter Terrorismus: Osama bin Laden als neuer Typ des Terroristen”, en Kai HIRSCHMANN y Peter GERHARD (eds.), *Terrorismus als weltweites Phänomen*, Berlín: Berlin, 2000.
- WALDMANN, Peter, “Terrorismus als weltwites Phänomen: Eine Einführung”, en Kai HIRSCHMANN y Peter GERHARD (eds.), *Terrorismus als weltweites Phänomen*, Berlín: Berlin, 2000.
- ZÖLLER, Mark, “Beteiligung kriminellen und terroristischen Vereinigungen als Vortat der Geldwäsche” (hay trad. de Saad-Diniz y Sabadini en *Derecho penal y globalización*, Resistencia: ConTexto, 2014).
- “Verschwimmende Grenzen zwischen Terrorismus und Organisierter Kriminalität?”, Arndt SINN y Mark ZÖLLER (eds.), *Neujustierung des Strafrechte durch Terrorismus und Organisierte Kriminalität*, Colonia (Alemania): Müller, 2013.
- “Zum Begriff der Kriminellen Vereinigung, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3.12.2009 - 3 StR 277/09”, *Juristenzeitung (JZ)* 2010, pp. 908912.

INFORME SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE TERRORISMO EN EL ECUADOR

Ramiro García Falconí

RESUMEN. Desde 1971 han aparecido en la legislación penal ecuatoriana una serie de tipos penales que se agrupan bajo la definición de “acciones terroristas”. Pese a que en el Ecuador, con excepción del período 1984-1988, no han operado grupos subversivos que realicen conductas que puedan considerarse terroristas, estos tipos penales se han utilizado de manera recurrente, teniendo como destinatarios casi siempre a líderes sociales y políticos. El uso de los tipos penales relativos al terrorismo se ha incrementado en los últimos ocho años y varias organizaciones de protección de los derechos humanos han alertado sobre el particular.

Palabras clave: terrorismo, política, grupos subversivos, líderes sociales, criminalización de la protesta.

ABSTRACT. Since 1971 several criminal offenses have appeared in Ecuadorian criminal law which can be grouped under the definition of “terrorist actions”. Although, with the exception of the years from 1984 to 1988, there have been no subversive groups in Ecuador carrying out what might be considered terrorist behaviors, these criminal offenses are used repeatedly, usually to target social and political leaders. The use of criminal definitions related to terrorism has increased in the past eight years and, as a result, several human rights organizations have expressed their concern.

Key words: terrorism, policy, subversive groups, social leaders, criminalization of protest.

ZUSAMMENFASSUNG. Seit 1971 wurden vermehrt Straftatbestände in das ecuadorianische Strafrecht aufgenommen, die unter der Definition „terroristische Handlungen“ zusammengefasst sind. Obwohl in Ecuador mit Ausnahme der Jahre 1984-1988 keine subversiven Gruppen aktiv waren, die als terroristisch zu bezeichnende Handlungen begangen hätten, wurde wiederholt auf diese Tatbestände

zurückgegriffen, um sie gegen Anführer sozialer Bewegungen und politische Führer zu verwenden. Mehrere Menschenrechtsorganisationen haben auf die Tatsache aufmerksam gemacht, dass in den vergangenen acht Jahren terrorismusbezogene Straftatbestände verstärkt zur Anwendung gekommen sind.

Schlagwörter: Terrorismus, Politik, subversive Gruppen, Anführer sozialer Bewegungen, Kriminalisierung des Protests.

1. Evolución normativa

El terrorismo aparece en la legislación ecuatoriana a partir de la reforma al Código Penal de 1971,¹ en el que se incluye un capítulo, el iv, denominado “De los delitos de sabotaje y terrorismo”. Este capítulo, que consta de once artículos, en ninguna parte hace alusión específica al terrorismo como un tipo penal específico, es decir, se utiliza al “terrorismo” como un concepto que marca transversalmente a una serie de conductas, pero cuyo contenido no se especifica en ninguno de los tipos penales.

Los once artículos, que iban del 156 al 166 del Código Penal anterior, se refieren a paralización de servicios de salud; sustracción de medios de socorro con ocasión de incendios, inundaciones o naufragios; paralización de servicios públicos, destrucción de plantas de energía eléctrica, agua potable o gas, depósitos de mercancías, explosivos, etc.; impedir, desorganizar o perturbar la recolección de productos elaborados o materias primas; fabricar armas, municiones o explosivos con el fin de producir alarma colectiva; introducirse injustificadamente en dependencias de acceso prohibido, como bases militares o policiales; portar armas sin los permisos respectivos; impartir o recibir instrucción militar sin permiso de autoridad competente; agresión terrorista perpetrada contra funcionarios públicos (sin que se especifique en qué consiste el carácter “terrorista” de la agresión) y la amenaza terrorista (sin que tampoco en este caso se especifique qué característica de la amenaza la convertiría en “terrorista”).

Siete años después, en plena dictadura militar, se emitió el decreto supremo 2636, publicado en el *Registro Oficial* 621, de 4 de julio de 1978, que efectuó una serie de reformas al Código Penal, al Código de Procedimiento Penal y a la Ley de Estupefacientes, y en su segundo considerando hizo referencia al “terrorismo, [que] con sus secuelas de asesinato, plagio y otras formas de delito y de violencia, organizado en la clandestinidad,

¹ Reforma publicada en el suplemento del *Registro Oficial* n.º 147, de 22 de enero de 1971.

bajo la inspiración y preparación extranjeras, amenaza destruir los basamentos de la nación ecuatoriana”. Pese a semejante presentación, el texto no incluye definición alguna de terrorismo, y en lo relacionado con los artículos del capítulo IV al que hemos hecho referencia solo se incrementa la pena del artículo 161 (introducirse sin autorización en dependencias públicas o privadas).

Adicionalmente a las normas penales señaladas, el término *terrorismo* aparece en el artículo 5 de la Ley de Extradición, al señalarse que no se considerarán delitos políticos los actos de terrorismo, sin que tampoco aquí se especifique lo que caracterizaría a estos actos, y en el Plan Nacional de Prevención y Control de la Droga 2004-2008, en cuyo punto 3.1.1 se liga el tráfico de drogas con el terrorismo, sin explicar ni contenido ni los supuestos en los que se basan para hacer esta asociación.

En 2007 el Directorio del Consejo Nacional contra el Lavado de Activos aprobó la Política Nacional de Prevención Institucional de Lavado de Activos, en cuyo artículo 4.b establece como objetivo promover, dentro de las entidades que formen parte de la Red Nacional de Prevención de Lavado de Activos, el conocimiento, la aplicación y el cumplimiento de la normativa sobre la materia, así como de las cuarenta recomendaciones para prevenir el lavado de activos, las nueve recomendaciones especiales contra el financiamiento del terrorismo y la metodología para evaluar su cumplimiento, dictadas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Se continúa hablando de terrorismo sin especificar en qué consiste.

En cuanto a la normativa internacional, el Ecuador es signatario, entre otros, de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, de la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando Estos tengan Trascendencia Internacional, y del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, el cual incluso mereció dictamen de constitucionalidad favorable, emitido por el entonces Tribunal Constitucional en 2002.²

Con fecha 10 de febrero de 2014 se publicó el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), que entró en vigencia el 10 de agosto del mismo año, el cual congloba en un solo cuerpo legal lo que antes eran el Código Penal, el de Procedimiento Penal y el de Ejecución de Penas. El libro primero del COIP, que corresponde a la parte sustantiva, tipifica en el artículo 366, por primera vez, lo que constituye el terrorismo en el Ecuador,

² Caso 003-2002-CI, dictamen publicado en el *Registro Oficial* 695, de 31 de octubre de 2002.

como tipo penal autónomo. Lo define en general como la realización de actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas, o pongan en peligro edificaciones, medios de comunicación o transporte valiéndose de medios capaces de causar estragos, cometidos individualmente o como parte de asociaciones armadas y que mediante estas conductas provoquen o mantengan en estado de terror a la población.

Se definen como conductas especialmente constitutivas de terrorismo las siguientes:

1. apoderarse del control de naves o aeronaves por diferentes medios, especialmente violentos;
2. destruir por cualquier medio una edificación pública o privada u otras instalaciones, si tales
3. actos constituyen un peligro para la seguridad de dichas instalaciones o el tráfico que de ellas depende;
4. realizar actos violentos que por su naturaleza causen o puedan causar lesiones o generen peligro a los ocupantes de un transporte terrestre, nave o aeronave, aeropuertos, etc.;
5. comunicar, difundir o transmitir informes falsos poniendo en peligro la seguridad de un transporte terrestre, nave o aeronave;
6. irrumpir en las residencias de personas internacionalmente protegidas;
7. realizar por sí mismos o a través de terceros operaciones financieras aparentemente lícitas para desarrollar actividades terroristas;
8. robar u obtener materiales nucleares;
9. recibir, poseer, transferir, etc., materiales nucleares si tal acto causa lesiones graves a una persona o grupo de personas o daños materiales sustanciales;
10. entregar, colocar o detonar explosivos con el objeto de causar la muerte o graves lesiones corporales o destrucción material significativa.

Todas estas conductas se encuentran reprimidas con una pena de diez a trece años, pero, conforme se establece en el numeral 10 del artículo comentado, cuando la realización de las conductas antes descritas produzca la muerte de una o más personas, la pena será de veintidós a veintiséis años de privación de libertad.

Como se puede apreciar, según la anterior normativa penal, la indefinición y la vaguedad eran lo que marcaba el concepto de *terrorismo*, en la legislación ecuatoriana y esto se evidenciaba en los estándares de procesamiento y condena utilizados por los operadores judiciales en la aplicación de dichas normas, conforme se analizará a continuación. Dado que la nueva normativa entró en vigencia hace pocos días, resulta imposible aún

hacer un diagnóstico de la forma en que las nuevas disposiciones sobre terrorismo se van a aplicar en el marco del COIP.

2. La aplicación del concepto de terrorismo antes de 1984

El caso ecuatoriano sin duda es atípico en la región, pues, a diferencia de lo que sucedió en el Cono Sur, las peores violaciones de derechos humanos en el Ecuador no se produjeron en las dictaduras militares, sino en gobiernos democráticamente elegidos. Sin embargo, el proceso de construcción de las estructuras represivas se gestó bastante antes y tiene como protagonista indudable a la política exterior de los Estados Unidos hacia Latinoamérica en la segunda mitad del siglo xx.

Los primeros antecedentes de represión con base legal en el país datan de 1936, con la emisión de la denominada Ley de Defensa Social por el presidente Federico Páez, la cual fue remplazada en 1964 por la Ley de Seguridad Nacional, expedida mediante decreto supremo 2871, de 10 de diciembre de ese año, con la justificación de que se trataba de “un imperativo superior de seguridad nacional que obligó a las Fuerzas Armadas a salirse de sus específicas funciones para salvar al país del deshonor, el comunismo y el caos”.³

Vale señalar que esta ley se inscribe en los cuerpos legales que los países del área expidieron a instancias de los Estados Unidos de Norteamérica luego de la Revolución Cubana de 1959. La lucha contra la guerrilla, el terrorismo y el comunismo se convirtió en una política de Estado y justificó la invasión de predios universitarios, la eliminación del derecho a la huelga y la restricción del derecho a la reunión.⁴ La Asamblea Nacional Constituyente reunida tras la caída de la Junta Militar derogó la mencionada Ley de Seguridad Nacional, pero esta fue reactivada en varias ocasiones posteriormente por la dictadura civil de Velasco Ibarra (1970-1971) y las dictaduras militares de Rodríguez Lara (1972-1975) y el Triunvirato (1976-1979), como justificación de la represión, siempre con el argumento de la lucha contra el terrorismo.

Con el retorno a la democracia en 1979, la Ley de Seguridad Nacional no fue derogada y más bien sirvió de sustento para que en 1981 se negara el asilo político a más

³ Jaime Astudillo Romero, *Mito y realidad de la seguridad nacional en el Ecuador*, Quito: Fondo de Cultura Ecuatoriana, colección Realidad Nacional, tomo I, p. 38.

⁴ Patricio Ycaza, “Seguridad Nacional y Derechos Humanos”, en *Los derechos humanos: Caso ecuatoriano*, Quito: El Conejo, 1985, p. 268.

de medio centenar de ciudadanos colombianos, miembros del Movimiento M-19, con el argumento de que estos “atentaban contra la seguridad del país”.⁵ Tras la repentina muerte del presidente Jaime Roldós Aguilera y la asunción de Oswaldo Hurtado Larrea, lejos de eliminarse el mecanismo de represión que constituía la Ley de Seguridad Nacional, se acudió a ella en múltiples ocasiones, para sustentar jurídicamente acciones autoritarias del régimen, como el desalojo de los trabajadores del Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones, o decretar al territorio nacional como “zona de seguridad nacional” frente a movilizaciones populares llevadas a cabo en 1982.⁶

3. 1984-1988, gobierno de Febres Cordero y aplicación del concepto de terrorismo

Las violaciones sistemáticas a derechos humanos cometidas durante el régimen de León Febres Cordero Ribadeniera (1984-1988) han sido materia de análisis e investigación, especialmente por la denominada Comisión de la Verdad nombrada para dicho efecto por el gobierno actual. Buena parte de estas violaciones se efectuaron en contra de los miembros del Grupo AVC (Alfaro Vive Carajo), quienes venían operando desde 1982 con acciones irregulares, fundamentalmente dirigidas a la toma momentánea de medios de comunicación para difundir sus propuestas y asalto a entidades bancarias. Inmediatamente se etiquetó a este grupo y sus integrantes como terroristas y se tomaron una serie de medidas en consecuencia, tales como la creación de grupos especiales en la Policía y las Fuerzas Armadas dirigidos específicamente a combatirlos. Entre ellos, la Unidad de Investigaciones Especiales fue creada como unidad orgánica del Servicio de Investigación Criminal de Pichincha, mediante decreto ejecutivo reservado 1601, de 14 de febrero de 1986. Dicho decreto ejecutivo señala expresamente que esta creación responde al “único y exclusivo objetivo de combatir la subversión y el terrorismo en el país”.

El propio presidente Febres Cordero lo reconoció así posteriormente, en el proceso que se le instauró por la contratación de un experto israelita en contrainsurgencia, que al final se demostró que la instrucción que impartía a los agentes de policía nacionales consistía en asesinatos sumarios y tortura:

⁵ *El Comercio*, Quito, 2 de abril de 1981.

⁶ Ycaza, o. cit., p. 276.

Debo también establecer que en uso de las facultades y en cumplimiento de los ineludibles deberes que tuve como Presidente constitucional de la República, dirigí la lucha contra el terrorismo que iniciaba su azote despiadado en el Ecuador. Esa era mi obligación legal. No impedir la acción delictiva del terrorismo cuando tenía la obligación jurídica de hacerlo, hubiera equivalido a ocasionarlo. Así lo dispone el Art. 12 del Código penal que invoco y reproduzco en mi defensa. A toda organización, asesoría y desarrollo operativo de la acción antiterrorista le di la calificación de secreta [...].⁷

Se resolvió la necesidad de establecer relaciones y contactos que permitiesen determinar con la mayor exactitud posible contactos con determinados países. En el propósito fundamental de lucha contra el terrorismo, el representante diplomático de un país presentó a la Presidencia de la República, al experto de nacionalidad israelí Ran Gazit, a quien se puso de inmediato en contacto con el grupo de trabajo para que sea analizada su experiencia y capacidad y establecida su idoneidad para determinar la forma y condiciones. Igualmente, otros países amigos entrenaron al estado ecuatoriano para las fuerzas del orden especializadas en esta materia, equipos y materiales de elevado costo económico como contribución a la lucha antiterrorista que se desarrollaba en el país.⁸

El concepto de *guerra* y lucha contra lo que se definió como terrorismo por los órganos de gobierno se intersecan continuamente, al aplicar tácticas militares pero sin reconocer en ningún momento su estatus como combatientes, lo cual también reconoció el propio Febres Cordero:

Impulsado por un patriótico anhelo, de conformidad con mis atribuciones constitucionales y legales, impartí las instrucciones respectivas. Si el Presidente de la República tiene plena capacidad para declarar la guerra, tiene [...] plena capacidad para determinar y disponer los mecanismos para conjurar la subversión e imponer la paz interna.⁹

El resultado de estas acciones fue generar una estructura sistemática y generalizada de ataque al sector específico de la población que se identificó con el Grupo AVC y llevar a cabo una serie de violaciones a los derechos humanos, como se detalla a continuación.

⁷ Testimonio indagatorio de León Febres Cordero dentro del proceso 05-89, cuerpo 8, de 27 de abril de 1989, CV, Ju 00239.08, p. 1265.

⁸ *Ibidem*, p. 1267.

⁹ Carta al director de *El Universo*, Quito, 22 de enero de 1990.

3.1. Detenciones arbitrarias

Conforme se detalla en el Informe de la Comisión de la Verdad, la mayor parte de las detenciones de miembros o personas sospechosas de formar parte de la organización fue realizada sin boleta de captura, y por tanto sin orden de juez competente. Sin que existiera flagrancia, los agentes policiales procedían a privar de su libertad a la persona, que en la mayoría de los casos era incomunicada y sometida a tortura inmediatamente.¹⁰

3.2. Tortura

El 86 % de las personas que pertenecían a AVC y que fueron privados de su libertad, denunciaron haber sido sometidos a alguna forma de tortura, la más frecuente los golpes al cuerpo (79,6%), privación de la vista (65,3%), amenaza de muerte (55,1%), aplicación de electricidad a diferentes partes del cuerpo (55,1%) y colgaduras de los pulgares (53,1%). La tortura de esta forma se convirtió en un mecanismo de castigo e investigación utilizado casi de forma permanente por los órganos de seguridad estatales en el gobierno de Febres-Cordero.¹¹

En algunos casos las torturas eran el precedente de ejecuciones extrajudiciales, como sucedió con Arturo Jarrín Jarrín, líder máximo de AVC, cuyo cadáver fue encontrado con claros signos de golpes y laceraciones previas a su muerte.

4. La utilización del concepto de terrorismo en la actualidad

El uso recurrente de los tipos penales relacionados con el terrorismo ha sido una constante a lo largo de los últimos siete años, desde la asunción del economista Rafael Correa Delgado como presidente de la República del Ecuador, en 2007. Como se señaló, en el extinto Código Penal de 1938 contenía un capítulo relativo a las acciones terroristas, en el que se incluía una serie de delitos comunes, motivados políticamente y con grave intimidación social. En la legislación que entró en vigencia en 2014 ya se establece al terrorismo como un tipo penal autónomo con contenido propio en el artículo

¹⁰ Informe de la Comisión de la Verdad, "Resumen ejecutivo", Quito: Ediecuatorial, 2010, p. 269.

¹¹ *Ibidem*, p. 270.

366 del COIP, en el que se incluyen conductas que van desde apoderarse de aeronaves hasta robar material nuclear.

A diferencia de lo que sucedía en el gobierno de Febres Cordero, no existe actualmente un grupo irregular que se encuentre actuando con acciones que puedan calificarse como terroristas, pese a lo cual se han iniciado una serie de procesos penales que han tenido como destinatarios fundamentalmente a líderes sociales, campesinos y estudiantiles. Las conductas que se han calificado como “terroristas” se han desarrollado en el contexto de protestas sociales, especialmente en lo referente a la oposición de sectores de la población a la extracción minera, maderera o petrolera.

El procesamiento de líderes sociales a lo largo de estos ocho años ha sido tan recurrente que el tema ha sido documentado en informes de varias organizaciones de derechos humanos nacionales e internacionales; por ejemplo, CEDHU,¹² INREDH,¹³ el PADH,¹⁴ la Defensoría del Pueblo,¹⁵ Human Rights Watch¹⁶ y Amnistía Internacional.¹⁷ De la misma manera se han pronunciado organismos internacionales como la CIDH,¹⁸ a través de su Relatoría Especial; la ONU, a través de los relatores especiales;¹⁹ el Consejo

¹² CEDHU, “Atropellos a los derechos humanos registrados durante el 2013”, 10 de diciembre de 2013, <http://cedhu.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=253&Itemid=6>.

¹³ INREDH, “Criminalización de la protesta social en tiempos de revolución ciudadana”, 9 de mayo de 2011, <http://www.inredh.com/archivos/pdf/criminalizacion_protesta_social.pdf>.

¹⁴ “Criminalización de la protesta social y derechos humanos”, *PADH, Revista del Programa Andino de Derechos Humanos*, n.º 30, abril de 2012, <http://www.uasb.edu.ec/padh_revista.php?cd_centro=5&cd=61>.

¹⁵ DPE, “Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: Desafíos para un Estado constitucional de derechos”, 13 de diciembre de 2011, <http://www.inredh.org/archivos/pdf/escenarios_criminalizacion_defensoresydefensoras.pdf>.

¹⁶ HUMAN RIGHTS WATCH, “Ecuador”, en *Informe mundial 2014*, <<http://www.hrw.org/es/world-report/2014/country-chapters/122004>>.

¹⁷ Amnistía Internacional, “Para que nadie reclame nada. Criminalización del derecho a la protesta en Ecuador”, 2012, <<http://amnistiainternacional.org/publicaciones/61-para-que-nadie-reclame-nada-criminalizacion-del-derecho-a-la-protesta-en-ecuador.html>>.

¹⁸ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe anual 2013*, <http://www.oas.org/es/cidh/expression/docs/informes/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf>.

¹⁹ ONU, Mandatos del de la Relatora Especial sobre la Situación de los Defensores de los Derechos Humanos; del Relator Especial sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo; del Relator Especial sobre el Derecho a la Libertad de Reunión y de Asociación Pacíficas, y del Relator Especial sobre la Promoción y la Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, AL G/SO 214 (67-17) Assembly & Association (2010-1) G/SO 214 (107-9) Terrorism (2005-4), ECU 2/2013, 4 de octubre de 2013.

de Derechos Humanos;²⁰ el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,²¹ así como la OIT.²²

Vale señalar que la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, lejos de pronunciarse sobre la legitimidad del uso de estos tipos penales de la forma en que se lo hace, en la mayoría de los casos ha confirmado las decisiones de condena dictadas por los tribunales inferiores. La Corte Constitucional, por su parte, no ha emitido pronunciamiento alguno respecto de la validez y adecuación constitucional de los tipos penales utilizados para procesar a líderes sociales.

Bibliografía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Para que nadie reclame nada. Criminalización del derecho a la protesta en Ecuador”, 2012, <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/61-para-que-nadie-reclame-nada-criminalizacion-del-derecho-a-la-protesta-en-ecuador.html>.
- ASTUDILLO ROMERO, Jaime, *Mito y realidad de la seguridad nacional en el Ecuador*, Quito: Fondo de Cultura Ecuatoriana, colección Realidad Nacional, tomo I.
- Caso 003-2002-CI, dictamen publicado en el Registro Oficial n.º 695, de 31 de octubre de 2002.
- CEDHU, “Atropellos a los derechos humanos registrados durante el 2013”, 10 de diciembre de 2013, http://cedhu.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=253&Itemid=6.
- CIDH, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Informe anual 2013*, http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf.
- El Comercio*, Quito, 2 de abril de 1981.
- COMISIÓN DE LA VERDAD, *Informe de la Comisión de la Verdad*, “Resumen ejecutivo”, Quito: Ediecuatorial, 2010, p. 269.
- “Criminalización de la protesta social y derechos humanos”, *PADH, Revista del Programa Andino de Derechos Humanos*, n.º 30, Abril 2012, http://www.uasb.edu.ec/padh_revista.php?cd_centro=5&cd=61.

²⁰ ONU, Consejo de Derechos Humanos, “Examen periódico universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Ecuador”, A/HRC/21/4, 5 de julio de 2012.

²¹ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe de Ecuador”, E/C.12/ECU/CO/3, 30 de noviembre de 2012.

²² OIT, “Informe en el que el Comité pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación”, n.º 357, junio 2010, caso 2755 (Ecuador), fecha de presentación de la queja: 6.11.09, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID,P50002_LANG_CODE:2912229,FR:NO.

DPE, “Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: Desafíos para un Estado constitucional de derechos”, 13 de diciembre de 2011, http://www.inredh.org/archivos/pdf/escenarios_criminalizacion_defensoresydefensoras.pdf.

FEBRES CORDERO, León, Testimonio indagatorio dentro del proceso 05-89, cuerpo 8, de 27 de abril de 1989, CV, Ju 00239.08.

HUMAN RIGHTS WATCH, “Ecuador”, en *Informe mundial 2014*, <http://www.hrw.org/es/world-report/2014/country-chapters/122004>.

INREDH, “Criminalización de la protesta social en tiempos de revolución ciudadana”, 9 de mayo de 2011, http://www.inredh.com/archivos/pdf/criminalizacion_protesta_social.pdf.

OIT, “Informe en el que el Comité pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación”, n.º 357, junio 2010, caso 2755 (Ecuador), fecha de presentación de la queja: 6.11.09, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID,P50002_LANG_CODE:2912229,fr:NO.

ONU, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe de Ecuador”, E/C.12/ECU/CO/3, 30 de noviembre de 2012.

ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Examen periódico universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Ecuador”, A/HRC/21/4, 5 de julio de 2012.

ONU, Mandatos del de la Relatora Especial sobre la Situación de los Defensores de los Derechos Humanos; del Relator Especial sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo; del Relator Especial sobre el Derecho a la Libertad de Reunión y de Asociación Pacíficas, y del Relator Especial sobre la Promoción y la Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, AL G/SO 214 (67-17) Assembly & Association (2010-1) G/SO 214 (107-9) Terrorism (2005-4), ECU 2/2013, 4 de octubre de 2013.

Registro Oficial, n.º 147, de 22 de enero de 1971, Suplemento.

El Universo, Quito, 22 de enero de 1990, Carta al Director.

YCAZA, Patricio, “Seguridad Nacional y Derechos Humanos”, en *Los derechos humanos: Caso ecuatoriano*, Quito: El Conejo, 1985.

LA EXPANSIÓN DE LOS DELITOS DE TERRORISMO EN ESPAÑA A TRAVÉS DEL DELITO DE PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN TERRORISTA

Alicia Gil Gil

RESUMEN. El tratamiento jurídico-penal del terrorismo en España ha sufrido una notable expansión mediante una reinterpretación jurisprudencial del concepto de *organización terrorista* que amplía los delitos de pertenencia y de colaboración. Esta práctica vulnera los principios de legalidad, proporcionalidad y responsabilidad por el hecho propio y expande la aplicación de toda una serie de medidas propias del derecho penal del enemigo.

Palabras clave: terrorismo, organización terrorista, organizaciones satélite, pertenencia, colaboración, ETA, MNLV.

ABSTRACT. In Spain, the use of criminal law to deal with terrorism has increased dramatically through a reinterpretation by the courts of the concept of *terrorist organization* which expands the offenses of membership in and collaboration with a terrorist organization. This practice infringes the principles of legality, proportionality and liability for one's own actions and extends the application of a series of measures which are typical of enemy criminal law.

Key words: terrorism, terrorist organization, satellite organizations, membership, collaboration, ETA, MNLV.

ZUSAMMENFASSUNG. Die strafrechtliche Behandlung des Terrorismus in Spanien ist durch die Neuauslegung des Konzepts der Terrororganisation in der Rechtsprechung im Sinne einer Erweiterung der Straftatbestände der Mitgliedschaft und Beihilfe deutlich erweitert worden. Diese Praxis beeinträchtigt die Grundsätze der Legalität, Verhältnismäßigkeit und Verantwortlichkeit für die Tat und verstärkt die Anwendung einer Reihe von Maßnahmen aus dem Feindstrafrecht.

Schlagwörter: Terrorismus, Terrororganisation, Satellitenorganisationen, Mitgliedschaft, Beihilfe, ETA, MNLV.

1. Introducción

En España el terrorismo ha sido un azote constante desde la reinstauración de la democracia. De los numerosos grupos terroristas que han actuado en nuestro país, el más violento ha sido Euskadi Ta Askatasuna (ETA) (traducible del euskera como País Vasco y Libertad), que durante sus más de 50 años de existencia ha perpetrado más de 900 asesinatos y un gran número de lesionados y desplazados, a los que hay que añadir las personas que sufrieron secuestro, amenazas, coacciones o extorsión.

A pesar de ello el legislador español ha abandonado la común tendencia a elaborar una legislación antiterrorista excepcional o de urgencia, y hoy la materia se halla regulada en el Código Penal común.¹ Ello no ha impedido, sin embargo, la inclusión de medidas excepcionales, que, precisamente por estar incorporadas al Código Penal, ofrecen el peligro de ir extendiéndose a otro tipo de infracciones.² Por ello, en opinión de muchos autores, la legislación española en materia de terrorismo se ha caracterizado por una evolución hacia el derecho penal del enemigo.³ La tendencia no ha sido solo legislativa, tanto penal como extrapenal,⁴ sino también, como trataremos de evidenciar en este

¹ En la etapa democrática tuvimos todavía la experiencia de una ley antiterrorista especial, la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, derogada en 1988. Véase Carmen Lamarca Pérez, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1985, p. 196.

² Por ello resulta ilusorio pretender la convivencia de un derecho penal del ciudadano con un derecho penal del enemigo. Así Juan Terradillos Basoco, *Terrorismo y derecho*, Madrid: Tecnos, 1988, pp. 33; Manuel Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid: Reus, 2010, p. 74; Patricia Faraldo Cabana, "Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", en Patricia Faraldo Cabana (dir.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 301 ss.

³ Manuel Cancio Meliá, "De nuevo: ¿'Derecho penal' del enemigo?", en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 373 ss.; Adela Asúa Batarrita, "El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, 'finalidades terroristas' y conductas periféricas", en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 239 ss.; Faraldo Cabana, o. cit., pp. 299 ss.; Guillermo Portilla Contreras, "La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del 'enemigo' tras el atentado de 11 de septiembre de 2011", en *Mientras tanto*, n.º 83, 2002, pp. 77-78. Francisco Muñoz Conde (*Derecho penal, Parte especial*, 19.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 838) afirma que la legislación española sobre terrorismo no llega a ser un "derecho penal del enemigo", pero sí contiene determinados preceptos o particularidades "difícilmente compatibles con algunos principios característicos del Derecho penal de un Estado de Derecho".

⁴ Además de la legislación penal hay que hacer especial referencia a la legislación electoral, por las implicaciones que su aplicación ha tenido en los procesos penales. El artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, establece que un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios

artículo, jurisprudencial. Y puede verse no solo en el derecho penal sustantivo —con el aumento y la ampliación de los tipos penales⁵ y de la gravedad de las penas—,⁶ sino también en el derecho penitenciario, con un progresivo endurecimiento de la ejecución.⁷

Lo más paradójico es que esta evolución parece haberse disparado desde los años 2000 y 2003, cuando la intensidad de las acciones terroristas era mucho menor que la de años anteriores,⁸ y que la tendencia parece continuar en las recientes reformas del Código Penal español que entrarán en vigor el 1 de junio de 2015,⁹ a pesar de que ETA

democráticos, particularmente cuando con esta procure deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante conductas como vulnerar sistemáticamente las libertades y los derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas, fomentar o legitimar la violencia, complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas, etc. Con base en este artículo se han ilegalizado en España numerosos partidos políticos y coaliciones. Véase sobre ello con detalle Alicia Gil Gil, "La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto 'organización terrorista'", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 67, 2014, nota 33.

⁵ Sobre las diferentes infracciones penales relacionadas con el terrorismo, con detalle, Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 199 ss.

⁶ Véase María Acale Sánchez, "Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas", en Patricia Faraldo Cabana (dir.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 341 ss.; José Ricardo de Prada Solaesa, "Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995", *Jueces para la Democracia*, n.º 25, 1996, p. 77; ídem, "Justicia transicional ante el fin de ETA", en Elena Maculan (coord.), *Seguridad internacional en un orden mundial en transformación*, Madrid: IUGM, 2014, pp. 29-46.

⁷ Adela Asúa Batarrita, "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (comentario a la sentencia de 29 de noviembre de 1997 de la Sala Penal del Tribunal Supremo)", *La Ley*, n.º 3, 1998, p. 250; Manuel Cancio Meliá, "Derecho penal' del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", *Jueces para la Democracia*, n.º 44, 2002, pp. 23 ss.; Ana Isabel Cerezo Domínguez, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 72 ss.; José Núñez Fernández, "La 'doctrina Parot' y el fallo del TEDH en el asunto 'Del Río Prada contra España': el principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 9, 2013, pp. 54 ss.

⁸ Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., p. 22.

⁹ Las reformas del Código Penal han sido aprobadas entre la fecha de presentación inicial de este informe y la entrega final para su publicación. Se trata de la Ley Orgánica (LO) 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. Pueden consultarse en <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf> y <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3440.pdf>. Entre las novedades destaca una ampliación del delito de terrorismo mediante el añadido de nuevos posibles fines terroristas y de nuevas conductas punibles, y la introducción de la pena de prisión permanente revisable para el castigo del homicidio terrorista; se prevén además reglas especiales para su revisión en el caso de delitos de terrorismo, se mantiene requisitos más duros para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional, se invierte la carga de la prueba del origen ilícito de los bienes en la regulación del comiso (artículo 127 bis), se mantiene la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, imprescriptibilidad que se extiende a los delitos conexos (artículo 131), y se eleva el plazo de cancelación de antecedentes penales.

ya ha comunicado el “cese definitivo de la lucha armada”. Ello se debe a dos tipos de factores que impulsan el punitivismo en dos direcciones. Por una parte nos encontramos con una serie de medidas que hacen frente al terrorismo tradicional y que se centran en el endurecimiento de penas y de su ejecución¹⁰ y en la expansión de la consideración de terrorismo a toda una serie de actividades realizadas por el llamado *entorno* de ETA. En la génesis de estas medidas tiene seguramente gran influencia la presión de algunas asociaciones de víctimas que temen que el fin de la banda pase por algún tipo de beneficio dirigido a la reinserción, que ellas interpretan como “impunidad”.¹¹ Por otra parte asistimos a una creciente preocupación en Europa por el llamado *terrorismo yihadista*, que el legislador español categoriza como “nueva amenaza” para cuyo combate ha promulgado una reciente reforma del Código Penal. En ella se amplían las conductas punibles y los fines que caracterizan a una organización como terrorista.¹²

Sin embargo, este artículo va a centrarse en el aspecto de la anticipación de la intervención penal a través del delito de pertenencia a organización terrorista. Y es que en el ordenamiento español, como señala el fiscal Javier Zaragoza, hasta la última reforma, podía afirmarse que “la respuesta preventiva o anticipada a este fenómeno criminal [el terrorismo] descansa esencialmente en dos instrumentos penales que han adquirido extraordinaria importancia en los últimos años [...] el delito de integración en organización terrorista [...] y el delito de colaboración con organización terrorista”.¹³ El primero de ellos ha sido sin duda el principal elemento de expansión de la criminalización en la reciente jurisprudencia.¹⁴

¹⁰ Estas medidas son las recogidas en la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹¹ Acale Sánchez, o. cit., pp. 39 ss.

¹² Véase la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

¹³ Javier Alberto Zaragoza Aguado, “Comentario previo a la Sección 2.ª (De los delitos de terrorismo)”, en Manuel Gómez Tomillo (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 1943.

¹⁴ Javier Mira Benavent, “El derecho penal ante el fin de ETA: la cuestión de la criminalización de su entorno político e ideológico”, *Hermes: Pentsamendu eta Historia Aldizkaria. Revista de Pensamiento e Historia*, n.º 45, 2013, pp. 5 ss.

2. Lo injusto específico del delito de pertenencia a organización terrorista

El concepto de terrorismo que se deducía de la regulación del Código Penal español —al menos hasta la reciente reforma, en vigor el a partir del 1 de junio de 2015—¹⁵ venía definido por tres elementos: la actuación a través de organizaciones o grupos, la utilización de medios de intimidación masiva y la persecución de determinados fines colectivos, que hasta ahora eran los de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.¹⁶

No podemos extendernos aquí en la prolífica discusión dogmática sobre el contenido de injusto específico de los delitos de organización. Sin embargo, sí merece la pena al menos resumirla para adoptar un punto de partida, ya que la doctrina ha puesto de manifiesto la especial necesidad de identificar lo injusto específico de esta figura delictiva, tanto por la evidente exigencia de legitimación que presenta semejante anticipación de la intervención penal como por la utilidad que tal identificación supondrá para la definición de la clase de organizaciones capaces de integrar el tipo.¹⁷

En la doctrina podemos encontrar cuatro grandes posturas al respecto de los delitos de organización:¹⁸ 1) la de quienes niegan la legitimidad del delito de asociación ilícita (u organización criminal) y piden su eliminación;¹⁹ 2) la de quienes entienden que el

¹⁵ La reforma del Código Penal ha modificado los fines terroristas, que a partir del 1 de junio serán todavía mucho más amplios y difusos: “Subvertir el orden constitucional o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; alterar gravemente la paz pública; desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”. La nueva definición de terrorismo suma a los fines terroristas contemplados en la decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, otros provenientes de nuestra legislación, pero, además, al aumentar la lista de delitos que, cometidos con tales fines, constituyen terrorismo, expande el concepto más allá de la definición europea.

¹⁶ Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., p. 155.

¹⁷ *Ibidem*, p. 87.

¹⁸ Sobre la discusión doctrinal con detalle y con abundantes citas bibliográficas, Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 96 ss., 100 ss.

¹⁹ Esta postura es hoy en día minoritaria, pero la mantienen ilustres juristas como Luigi Ferrajoli (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 2009, pp. 464 ss.) y Günther Jakobs (“Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung”, *ZStW* n.º 97, 1985, pp. 751 ss.). En España son de esta opinión, entre otros, Terradillos Basoco, o. cit., pp. 35, 38, Acale Sánchez, o. cit., p. 161.

delito protege el bien jurídico “recto ejercicio del derecho de asociación”;²⁰ 3) la de quienes ven una excepcional anticipación de la intervención penal basada en la especial peligrosidad de ciertas organizaciones,²¹ y 4) la de quienes, por último, ven en este delito un ataque a bienes jurídicos colectivos como el orden público, la paz jurídica, la seguridad interior o formulaciones similares.²²

De las posturas expuestas, aunque la primera es muy sugerente, se topa con la extendida realidad en contra en el panorama jurídico internacional. Además es posible que, como afirma Asúa Batarrita,²³ las objeciones político-criminales que pueden dirigirse a los tipos generales de “asociación ilícita” no sean trasladables a la “asociación terrorista”, en tanto queden definidos sus contornos de forma precisa, lo que había sucedido en la jurisprudencia española hasta épocas recientes. Sin duda más interesantes son por ello las dos últimas posturas, siempre que sirvan para concretar y limitar el ámbito típico. Sin embargo, el último grupo, aun siendo mayoritario en la doctrina española actual, ha dado lugar, precisamente por la amplitud de la definición de los “fines terroristas” en la legislación española, en especial por la referencia a una indefinida “paz pública”, a una ampliación del tipo cuando el bien jurídico protegido resulta identificado de manera poco clara o excesivamente amplia, como sucede por ejemplo con las posturas que identifican la paz pública con determinadas percepciones fácticas de la sociedad, difíciles de determinar, que pueden conducir a una subjetivación incompatible con el principio del hecho, y con las que pretenden objetivar el concepto pero acaban construyendo un bien jurídico hueco.²⁴

²⁰ Posición minoritaria en la actualidad. Véase la doctrina citada por Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., p. 100, nota 270, y las críticas de Antonio García-Pablos de Molina, *Asociaciones ilícitas en el Código penal español*, Barcelona: Bosch, 1978, pp. 126 ss., y José Luis Guzmán Dalbora, “Objeto jurídico y accidentales del delito de asociación ilícita”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 2, 1998, p. 160.

²¹ Hans-Joachim Rudolphi, “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechts-schutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, *ZRP*, 1979, p. 215. STS 23.6.1986. Jesús María Silva Sánchez, “¿‘Pertinencia’ o ‘Intervención’? Del delito de ‘pertinencia a una organización criminal’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, en Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2003, p. 1077; Asúa Batarrita, “El discurso del enemigo...”, o. cit., pp. 264 ss.

²² Mantiene una postura en esta línea García-Pablos de Molina, o. cit., pp. 142 ss. Se le critica la falta de concreción: Guzmán Dalbora, o. cit., pp. 161 ss.; Asúa Batarrita, “El discurso del enemigo...”, o. cit., p. 266.

²³ Asúa Batarrita, “El discurso del enemigo...”, o. cit., p. 261.

²⁴ Así lo denuncia Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 115 ss.

Una interesante excepción la suponen, sin embargo, posturas intermedias²⁵ y aquellas que intentan concretar ese bien jurídico colectivo o injusto autónomo del delito de pertenencia a organización terrorista. Así por ejemplo, Cancio Meliá afirma que el individuo que se integra en una organización terrorista, como parte de ella, responde del injusto colectivamente realizado, a saber, el poner en cuestión el monopolio de la violencia que corresponde al Estado.²⁶ La lesividad de estas organizaciones no residiría por tanto en su peligrosidad para la lesión de bienes jurídicos individuales, sino en su ataque (ideal) al Estado.²⁷ El injusto de los delitos de terrorismo, en cuanto delitos de organización, consiste, según este autor, en la arrogación política de un ámbito de organización genuinamente estatal.²⁸ Esta interpretación le permite recortar el tipo limitándolo, en primer lugar, a las organizaciones capaces de desafiar al Estado por su fortaleza y su estructura interna,²⁹ y, por otro lado, la conducta de pertenencia a dicha organización no puede limitarse a una integración “pasiva”.

Desde luego, si se opta por la defensa de un injusto autónomo del delito de pertenencia a organización terrorista, debe quedar perfectamente identificado el bien jurídico en el sentido indicado por Cancio y otros autores, lo que implica necesariamente una interpretación restrictiva de las finalidades típicas, que las haga compatibles con el bien jurídico elegido —el orden democrático, los mecanismos democráticos de la toma de decisiones, el monopolio del Estado en el uso de la violencia...— y que permita distinguir esta infracción, conforme a la gravedad de injusto que comporta y que tiene su

²⁵ Una posición particular, intermedia, es la defendida por Jakobs (“Kriminalisierung...”, o. cit., pp. 775 ss.), para quien estaríamos ante un “injusto parcial”, por quebrantar una norma flanqueante, cuya misión es proteger las condiciones de vigencia de una norma principal, o, en otras palabras, porque se lesiona la confianza, se afecta a la base cognitiva de la vigencia de la norma, mediante la elevación drástica del riesgo normal que estas asociaciones suponen. Similar pero orientándose en mayor medida hacia la protección de los bienes jurídicos individuales, Asúa Batarrita, “El discurso del enemigo...”, o. cit., p. 265.

²⁶ Lamarca Pérez, o. cit., pp. 450 ss.; Carmen Lamarca Pérez (“Sobre el concepto de terrorismo [a propósito del caso Amedo]”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 46, n.º 3, 1993, pp. 535 ss.) destaca que no se criminaliza la finalidad política, sino su forma delictiva de exteriorización, pero el terrorismo es algo más que violencia política; es, en su opinión, y por su carácter institucional, una pretensión de ruptura del monopolio del uso de la coacción que tiene el Estado.

²⁷ Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 127 ss. En sentido similar García-Pablos de Molina, o. cit., pp. 142 y 144.

²⁸ Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., p. 192.

²⁹ *Ibidem*, p. 133.

reflejo en las elevadas penas que conlleva, de otro tipo de asociaciones dedicadas, por ejemplo, a los desórdenes públicos.³⁰

El Tribunal Supremo español (en adelante TS) ha mostrado poco interés en la identificación de lo injusto específico del delito de pertenencia a organización terrorista, y las pocas veces que se refiere al tema suele combinar posturas diferentes —e incluso antitéticas— sobre el bien jurídico protegido.³¹ Unas veces pone de relieve el ataque contra el derecho de asociación, otras la paz pública³² y otras destaca su carácter de acto preparatorio.³³ En todo caso parece que la jurisprudencia se inclina por considerar el delito de pertenencia un delito autónomo,³⁴ ya que entiende que este se suma a los delitos concretos cometidos después como miembro de la organización.³⁵ Sin embargo, en mi opinión, dado que estos últimos delitos tienen ya asignada una pena por lo general exasperada por encima del marco penal correspondiente al delito común,³⁶ parece difícil no ver en esta práctica una vulneración del *ne bis in idem*³⁷ en su vertiente material.³⁸

La determinación de lo injusto específico del delito de pertenencia a organización terrorista resulta indispensable para no acabar creando un mero “injusto de adhesión”, y a ello se presta mejor en mi opinión, siguiendo a Silva Sánchez, la concepción del delito

³⁰ Ibídem, pp. 185 ss., con ulteriores citas, y 190. En cambio para Asúa Batarrita (“El discurso del enemigo...”, o. cit., pp. 273-274) “alterar la paz pública” significa intimidar o atemorizar mediante la realización o la amenaza de los delitos base. En mi opinión resulta preferible la interpretación de Carmen Lamarca Pérez (“Noción de terrorismo y clases evolutiva legislativa y jurisprudencial”, en Carmen Juanatey Dorado y Cristina Fernández-Pacheco Estrada [eds.], *El nuevo panorama del terrorismo en España: Perspectiva penal, penitenciaria*, Alicante: Universidad de Alicante, 2013, pp. 44 ss.), quien denuncia la imprecisión, contraria al principio de legalidad, del término *paz pública* y señala que la alarma debe entenderse en todo caso como un fin inmediato, pero, para ser concebida como delito de terrorismo, la actividad debe tener un fin político último.

³¹ Así lo recoge Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 97 ss.

³² Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 3.5.2001, fundamento jurídico 9.

³³ STS de 23.6.1986, fundamento jurídico 2.

³⁴ STS 10272/2007, de 2.11.2007.

³⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 12/2003, de 1.4.2003; STS de 14.10.1987. También la circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

³⁶ Lo que se justifica en un triple fundamento agravatorio: la especial peligrosidad derivada de la existencia de una organización, los medios específicos de actuación utilizados y la proyección estratégica que da lugar a la noción de terrorismo: Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., p. 203.

³⁷ Así De Prada Solaesa, “Delitos relacionados...”, o. cit., p. 75; Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 204 ss.

³⁸ Para la doctrina y la jurisprudencia españolas, siguiendo al TC, el principio *ne bis in idem* tiene una vertiente procesal —derecho a no ser juzgado dos veces por lo mismo o prohibición de doble proceso— y una vertiente material —derecho a no ser sancionado dos veces por lo mismo—. Véase Mercedes Pérez Manzano, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

como un acto preparatorio, pues permite exigir de la organización una idoneidad para la comisión de los delitos concretos de que se trate, e imputar al sujeto individual a partir de su aportación individual a la organización, que debe en todo caso suponer la creación de un riesgo para los bienes jurídicos protegidos por el delito o los delitos cuya comisión es el fin de la organización:³⁹ los delitos de terrorismo propiamente dichos, que podrían caracterizarse, en la regulación española, como pluriofensivos,⁴⁰ dado que se protegen tanto los mecanismos democráticos de toma de decisiones como los bienes jurídicos personales, como la vida, la salud y la integridad física, etc. Ello impediría hacer responsable a un sujeto por “pertenecer a un sistema asocial” y reforzaría la idea de la responsabilidad por el hecho propio.⁴¹ Pero además, trasladada esta argumentación al problema que nos ocupa, evitaría ampliar el delito de pertenencia a sujetos cuya actividad no supusiera un favorecimiento objetivo (directo o indirecto mediante el soporte de la organización dedicada a tales actividades) a los delitos que no solo por sus fines, sino también por el especial grado de violencia empleado, se conceptúan como típicamente terroristas.

3. El concepto de organización terrorista

3.1. La primera interpretación estricta

Tanto una concepción del delito de pertenencia a organización terrorista como un delito de peligro, a modo de acto preparatorio expresamente penado en relación con los delitos de terrorismo propiamente dichos o delitos-fin (de los artículos 572 y 573), como una interpretación de aquel como injusto autónomo que lesiona o pone en peligro el bien jurídico “los mecanismos democráticos de toma de decisiones” y/o el “monopolio del Estado en el uso de la violencia”, nos llevan a un concepto estricto de organización terrorista. Siguiendo a Cancio, para la existencia de una organización terrorista, y de acuerdo con la doctrina mayoritaria,⁴² se exige, en primer lugar, la existen-

³⁹ Silva Sánchez, o. cit.

⁴⁰ De esta opinión, Carmen Lamarca Pérez, “Legislación penal antiterrorista: análisis crítico y propuestas”, *Azpilcueta*, n.º 20, 2008, pp. 199-214, <<http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/azpilcueta/20/20199214.pdf>> (1.5.2015), p. 204, y también sentencia del tribunal constitucional (STC) 199/1987, de 16.12.1987 y STC 89/1993, de 12.3.1993.

⁴¹ Así Silva Sánchez, o. cit., p. 1078.

⁴² Es posición mayoritaria la exigencia de estos tres elementos básicos del concepto de organización terrorista: 1) estructura organizativa; 2) métodos violentos; 3) finalidad política. Así lo recoge Isabel Sánchez García de Paz,

cia de una verdadera asociación, es decir, los integrantes —en número relevante— deben haberse constituido en colectivo con una vinculación con vocación de permanencia y una concreción en torno a la aportación individual de los integrantes a la asociación que se expresa en un compromiso con la actividad colectiva, y una estructura colectiva de toma de decisión y de coordinación.⁴³ En resumen, debemos contar con una estructura organizada con distribución de funciones.⁴⁴ En segundo lugar, que la organización utilice medios específicos de actuación dirigidos a la intimidación masiva y de carácter armado, pues no es concebible la calificación de terrorista si la organización no utiliza la violencia para infundir terror, para lo que necesita poseer armas o explosivos.⁴⁵ Y en tercer lugar, la organización terrorista se caracteriza por la persecución de determinados fines colectivos: subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, donde *subvertir* debe identificarse no con la mera intención de cambiar el sistema político del Estado —opción respetable como cualquier otra en un Estado democrático—, sino con hacer política mediante la violencia, es decir, poner en cuestión los mecanismos democráticos de toma de decisiones, sustituyéndolos por la violencia,⁴⁶ bien sea para alterar el sistema político o para perseguir otras finalidades de carácter político.⁴⁷ De esta manera, se pone el énfasis en la intensidad y la proyección estratégica que debe poseer la violencia para poder calificarla como típica de los delitos de terrorismo, y que no concurriría en una violencia no dirigida contra personas y de menor intensidad.⁴⁸

En el mismo sentido se había manifestado la jurisprudencia española hasta finales de los noventa. Las definiciones que suelen repetirse en numerosas sentencias, tanto de la Audiencia Nacional (AN) como del TS, son fundamentalmente la que elaboró el TS para

“Comentario al artículo 570 bis”, en Manuel GÓMEZ TOMILLO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 1937. También Zaragoza Aguado, o. cit., p. 1942, quien sin embargo, apuntando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) desde 2007, entiende que esta definición “no es obstáculo para otorgar tal carácter a las estructuras de apoyo que comparten plenamente sus objetivos y que conforman el entorno de la organización terrorista”.

⁴³ Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 159-160. También nuestro Tribunal Supremo venía exigiendo tradicionalmente como notas constitutivas de la asociación ilícita la estabilidad o duración, la estructura jerárquica y la disciplina, la finalidad claramente establecida y compartida de cometer delitos y una estructura adecuada para llevar a cabo tal fin. Véanse las sentencias del TS de 28.11.1997, 14.10.1987, 25.1.1988, 16.12.1992, 16.5.1995.

⁴⁴ Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., p. 202.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 167 ss.

⁴⁶ Lamarca Pérez, “Sobre el concepto...”, o. cit., p. 546; Asúa Batarrita, “El discurso del enemigo...”, o. cit., pp. 274-275; Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 182 ss.; De Prada Solaesa, “Delitos relacionados...”, o. cit., p. 74.

⁴⁷ Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 185 ss., con ulteriores citas, y 190. Lamarca Pérez, “Noción de terrorismo...”, o. cit., pp. 44 ss.

⁴⁸ Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., p. 175.

referirse al grupo GAL⁴⁹ en el caso del secuestro de Segundo Marey⁵⁰ y la sentencia del TC 199/1987, de 16 de diciembre de 1987.⁵¹ Ambas establecen un concepto estricto de organización terrorista.⁵² En la primera el TS afirmó:

[...] el delito de banda armada, como agravación específica del de asociación ilícita, requiere los siguientes elementos: [...] Que exista realmente una banda es decir, una asociación que tenga por objeto cometer delitos. [...] basta con la unión de varios para un fin, unión que ha de tener una cierta duración en el tiempo o estabilidad. [...] Que tal banda sea *armada*, es decir, que utilice en esa actuación delictiva armamento [...]. [...] que pueda causar alarma en la población y la alteración en la convivencia ciudadana a que nos referimos a continuación. [...] que la organización como tal tenga por finalidad crear esa mencionada inseguridad o miedo colectivo, ya sea para subvertir el orden constitucional o, sin tal subversión, alterar gravemente la paz pública, finalidad alternativa a que se refiere el artículo 571 CP vigente.

La STC 199/1987 (fundamento 4.º) afirmaba la necesidad no solo de las notas de permanencia y estabilidad del grupo, y su carácter armado (con armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos), sino también su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que pusiera objetivamente en peligro el orden democrático y constitucional del Estado de derecho.

⁴⁹ Grupo Antiterrorista de Liberación. Se trató de un grupo parapolicial que protagonizó la guerra sucia contra ETA. Los diversos procesos abiertos a raíz de los crímenes cometidos por este grupo, que causaron más de 70 víctimas, llevaron a la cárcel, entre otros altos cargos, al exministro del Interior.

⁵⁰ STS 2/1998, de 29.7.1998. Uno de los puntos más interesantes de la discusión que conllevó este caso fue el de si una organización parapolicial podría cumplir o no con la finalidad exigida para la calificación como terrorista de "subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública". Sobre las discrepancias al respecto entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo véase Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 188 ss. A pesar de todo, el TS consideró que los GAL no eran un grupo terrorista por no cumplir todos los elementos citados. La doctrina reaccionó críticamente contra estas sentencias; véase por ejemplo, Guillermo Portilla Contreras, "Terrorismo de Estado: los grupos antiterroristas de liberación", en Luis Arroyo e Ignacio Berdugo La Torre (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, vol. II, 2001, pp. 523 ss.; Lamarca Pérez, "Sobre el concepto...", o. cit., y "Noción de terrorismo...", o. cit., pp. 43-44.

⁵¹ BOE n.º 7, de 8 de enero de 1988.

⁵² Enara Garro Carrera, "Libertad de asociación y terrorismo. Análisis de casos fronterizos", José Luis de la Cuesta y Ignacio Muñagorri Lagua (dirs.), *Aplicación de la normativa antiterrorista*, Bilbao: IVAC-KREI, 2009, pp. 324-353, también accesible en <<http://www.ehu.es/documents/1736829/2067438/12++Libertad+asociacion+terrorismo.pdf>>, pp. 324-353.

3.2. La evolución jurisprudencial hacia un concepto amplio

Sin embargo, con el paso del tiempo empezó a plantearse la inquietud de castigar más severamente a una serie de organizaciones dedicadas a diferentes fines englobados en lo que se ha llamado el Movimiento Nacional de Liberación Vasco (MNLV),⁵³ en el que se incluyen organizaciones de apoyo a familiares de presos etarras o de defensa de los derechos de estos, organizaciones juveniles que protagonizan disturbios y actos orquestados de vandalismo y violencia callejera (*kale borroka*), etc. Una parte de la doctrina, y sobre todo de la política, defiende que estos grupos dedicados a la propaganda, los desórdenes públicos, el acoso al contrario u otras formas de apoyo, violento o no, formaban parte de la propia organización ETA,⁵⁴ mientras que la mayoría de los penalistas que han estudiado el tema han intentado definir “los límites de la *periferia* de una organización terrorista”.⁵⁵ En la jurisprudencia hemos asistido, como anunciaba, desde finales de los años noventa, a una ampliación del delito de pertenencia a organización terrorista en relación con las conductas llevadas a cabo por lo que suele denominarse el “entorno” de ETA,⁵⁶ con argumentaciones en las que en ocasiones parece bastar con actos que demuestran afinidad ideológica.⁵⁷ Este cambio se produce a partir del sumario 18/98,⁵⁸ incoado por el Juzgado Central de Instrucción número 5 (del que entonces era titular Baltasar Garzón), que introdujo una modificación del concepto de *organización terrorista*.⁵⁹ El argumento para la condena de este amplio colectivo suele partir de la siguiente explicación, que se repite en cada sentencia:⁶⁰

⁵³ Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 171.

⁵⁴ José Luis Manzanares Samaniego, “Reformas penales en materia de terrorismo”, *Actualidad Penal*, n.º 3, 2000, p. 1015.

⁵⁵ Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 172 ss.; Asúa Batarrita, “El discurso del enemigo...”, o. cit., pp. 251 ss.

⁵⁶ Esta evolución tiene que ver con la asunción desde la jurisprudencia de una actitud de “lucha proactiva contra el terrorismo”. Véase De Prada Solaesa, “Justicia transicional...”, o. cit., pp. 29-46.

⁵⁷ Garro Carrera, o. cit.

⁵⁸ El sumario se desgajó después en varios procesos, como se verá a lo largo de las notas.

⁵⁹ Javier Mira Benavent, “Noción de terrorismo y clases evolución legislativa y jurisprudencial”, en Carmen Juanatey Dorado y Cristina Fernández-Pacheco Estrada (eds.), *El nuevo panorama del terrorismo en España: Perspectiva penal, penitenciaria y social*, Alicante: Universidad de Alicante, 2013, pp. 50 ss. Denuncia este autor que ello ha llevado a la criminalización de toda la izquierda abertzale, lo que, frente a su mera ilegalización mediante la Ley de Partidos, supone la extensión de muchas más consecuencias limitadoras de derechos fundamentales. Garro Carrera, o. cit., pp. 334 ss.

⁶⁰ SAN 73/2007, de 19.12.2007 (caso *KAS/EKIN/XAKI*); SAN 16/2014 de 24.6.2014 (caso *HerrikoTabernas*).

[...] para la consecución de ese fin independentista perseguido, ante la insuficiencia que suponía su actuación, en exclusiva, en el frente armado, [ETA] decidió, a partir de 1967, actuar, además de en este frente militar, en el político, el cultural y el obrero. El desarrollo de esa estrategia la llevó a efecto ETA a través de lo que se conoció como teoría del “desdoblamiento”,⁶¹ en la que, “por un lado, de la actividad armada, se encargaría su propia estructura desde la clandestinidad, mientras que, por otra parte, mediante el Movimiento de Liberación Nacional Vasco (MLNV), articuló la forma para obtener cobertura y apoyo de cara a la consecución de sus fines utilizando los cauces legales de nuestro Estado de Derecho, pero ocultando su dependencia de la banda armada.

El fin último de todo este entramado sería, sin embargo, según la jurisprudencia, la manipulación y el control económico e ideológico del MLNV, cuya finalidad última era desarrollar su estrategia político-militar.⁶² La estrategia del desdoblamiento sería, según la AN:⁶³

- 1) Que “la organización armada” de ETA se encargaría de la “lucha armada” y asumiría la “vanguardia” de la dirección política. 2) Que KAS [la *Koordinadora Abertzale Sozialista*]⁶⁴ se encargaría de la codirección política subordinada a la “organización armada” de la banda terrorista ETA, desarrollaría la lucha de masas y ejercería el control del resto de las organizaciones del MLNV. 3) Que Herri Batasuna asumiría la “lucha institucional” al servicio de la “organización armada”

⁶¹ Tal teoría proviene del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional (Baltasar Garzón), auto de 26.8.2002, fundamento jurídico 1, dictado en el ámbito del citado sumario 18/98, en el que, entre otros extremos, se acordaba la suspensión de actividades de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, partidos que fueron declarados ilegales en vía civil por la sentencia de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo, de 27.3.2003 y que no fueron declarados organización terrorista en la vía penal hasta la SAN 16/2014 de 24.6.2014 (caso *Herriko Tabernas*). Al respecto de esta teoría del desdoblamiento, muy crítico, Mira Benavent, “El derecho penal...”, o. cit., pp. 5 ss.

⁶² Véase SAN 16/2014, de 24.6.2014. La *Koordinadora Abertzale Sozialista*, su sucesora EKIN, así como la Asociación Europea XAKI, fueron declaradas asociaciones ilícitas de naturaleza terrorista, al establecer que son parte de la organización terrorista ETA, en sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 73/2007, de 19.12.2007 (caso *KAS/EKIN/XAKI*), confirmada en este particular por la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 480/2009, de 22.5.2009. Además, como organización satélite de la banda terrorista ETA, fue también incluida en la Lista Europea de Organizaciones Terroristas, aprobada por la Posición Común del Consejo de la Unión Europea 2001/931/PESC (*Diario Oficial*, serie L, 344, de 28 de diciembre de 2001), sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, posteriormente actualizada por otra de 2 de mayo de 2002 (2002/340/PESC). Las citadas organizaciones recurrieron esta inclusión ante el TEDH que inadmitió la queja con el argumento de que las asociaciones y sus representantes carecían del estatus de víctimas de una violación de derechos humanos, véase TEDH, *Segi and Others & Gestoras Pro-Amnistia and Others V. 15 States of the European Union*, decisión del 23.5.2002.

⁶³ SAN 73/2007, de 19.12.2007; SAN 16/2014 de 24.6.2014.

⁶⁴ Organización disuelta en 1998 y que fue sustituida por EKIN en 1999, considerada también organización terrorista el 19 de diciembre de 2007 por la Audiencia Nacional.

de ETA, pues esta estaba controlada por KAS, y KAS por el “frente armado”. 4) Que en todo este conglomerado correspondía a la “organización armada” el papel de “vanguardia”.

De esta manera los tribunales han llegado a un concepto amplio de la organización terrorista ETA, según el cual dicha organización no se limitaría a la banda armada que comete actos terroristas, sino a todo un entramado de organizaciones que, a modo de “empresa criminal común”, coordinadas de alguna manera, contribuyen al mismo fin delictivo o plan común,⁶⁵ aun cuando esas otras organizaciones no realicen actos terroristas ni, tan siquiera, actividades que en sí mismas consideradas puedan calificarse como ilícitas.⁶⁶ Sería entonces “la organización globalmente considerada la que es terrorista en cuanto se dedica a la comisión de actos de esta clase, y de la que dependen otros grupos que, formando parte de aquella, contribuyen de otras variadas formas a la consecución de sus fines, bajo su misma dirección”.⁶⁷

Además de un cambio en el concepto de *organización terrorista*, que confunde el ámbito ideológico o social o incluso civil con la definición del tipo penal, esta jurisprudencia pone de manifiesto un cambio notable en la consideración de algunos grupos, que revela a su vez notables contradicciones, como veremos *infra*.

4. La conducta de pertenencia a organización terrorista

Como señala Cancio, si hemos partido de que la organización terrorista es una estructura organizada, y además tenemos en cuenta que la pena por pertenencia a este tipo de organizaciones es superior a la del resto de asociaciones ilícitas, y a la vez hemos justificado tal elevación de la pena en la especial peligrosidad que deriva tanto del efecto multiplicador que otorga la estructura como de los métodos especialmente violentos utilizados y el cuestionamiento de los medios democráticos en la participación política, entonces el delito de pertenencia tendrá que limitarse a quien se integra en esta concreta estructura.⁶⁸ En palabras de Adela Asúa,⁶⁹ la participación como miembro, delito

⁶⁵ SAN 16/2014 de 24.6.2014, fundamento jurídico I, primero, 1.

⁶⁶ STS 480/2009, de 22.5.2009 (KAS/EKIN/XAKI); SAN 16/2014 de 24.6.2014 (Herriko Tabernas).

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 202 ss.

⁶⁹ Asúa Batarrita, “El discurso del enemigo...”, o. cit., pp. 266.

permanente, se constituye por la sumisión estable a las directrices de la asociación, en los roles que se le asignen en la preparación o el mantenimiento de la infraestructura ordenada a la comisión de los delitos-fin, o en la participación en la ejecución de estos. Por ello, como señala García del Blanco,⁷⁰ la pertenencia a una organización supone un comportamiento diverso de la simple participación en un delito puntual de la organización, ya que la condición de partícipe en un delito programado por una organización no convierte necesariamente al partícipe en miembro de la organización, pues se exigen además elementos jerárquicos y cierta estabilidad o permanencia o la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo, o al menos la disponibilidad para ello,⁷¹ y, por otra parte, el partícipe no se limita a quien se ofrece para la futura autoría de los delitos, sino que incluye a quien interviene con cualquier aportación causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos, e igualmente a quien realiza las conductas de encubrimiento cuando revelen un carácter permanente.⁷² Pero en todo caso es imprescindible distinguir la pertenencia de la simple comunión o coincidencia con la ideología o ideario de la organización.⁷³ El miembro de la organización debe realizar actos que contribuyan causalmente a la realización por la organización de las acciones especialmente violentas que caracterizan al terrorismo con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional.

El ts resume de la siguiente forma los elementos del delito de pertenencia a organización terrorista:⁷⁴

- a. Un sustrato primario, que exige la existencia de una banda armada u organización terrorista, compuesto por una pluralidad de personas entre las que median vínculos de coincidencia ideológica con establecimiento de relaciones de jerarquía y subordinación.

⁷⁰ García del Blanco: *Organización y grupos criminales*, 10 del manuscrito.

⁷¹ En el mismo sentido la SAN de 2.7.2013, sobre terrorismo yihadista, que califica al acusado como colaborador y no perteneciente a organización terrorista, corregida sin embargo posteriormente por STS 119/2007, de 16.2.2007.

⁷² En mi opinión, y desarrollando esta idea, las tareas de encubrimiento solo pueden ser consideradas como propias de la cualidad de "pertenencia" o integración cuando el que las realiza se incardina en la organización mediante una estructura destinada de forma estable a proporcionar este tipo de contribución, de manera que la existencia de tal estructura dentro de la organización se convierte ya en una promesa de encubrimiento que facilita la comisión del atentado y provee a la organización permanentemente de material humano al impedir que los delincuentes sean apresados.

⁷³ Asúa Batarrita, "El discurso del enemigo...", o. cit., pp. 267; Sánchez García de Paz: *Comentarios*, 1939. En el mismo sentido la SAN de 2.7.2013 remitiéndose expresamente a la STS 119/2007 de 16.2.2007.

⁷⁴ STS 10272/2007 de 2.11.2007.

- b. Un sustrato subjetivo o voluntad de pertenencia o integración del sujeto activo en dicha banda de manera permanente o por tiempo indefinido, nunca episódicamente, en que el militante accede a participar en los fines propios de la asociación ilícita.
- c. Un elemento material u objetivo. Realización o posibilidad de realización o de llevar a cabo actividades de colaboración con la banda, que contribuyan a alcanzar la finalidad que el grupo persigue.

En mi opinión está claro que la diferencia entre la pertenencia y la colaboración no puede depender del grado con que se “comulgue” con los fines de la organización⁷⁵ (encontramos miembros de ETA que eran mercenarios sin una especial comunión ideológica con los fines para los que sin embargo trabajaban).⁷⁶ Tampoco es criterio distintivo que el sujeto actúe siguiendo las directrices de un miembro de la organización, pues también en los supuestos de colaboración habrá sido necesario un acuerdo de voluntades que puede partir de las instrucciones del integrante al extraño. Tampoco depende la comisión de uno u otro delito del tipo de prestación ejercida, pues las mismas conductas pueden ser calificadas de una u otra manera.⁷⁷ Como el propio TS ha destacado, el factor que diferencia uno y otro delito es la integración del sujeto en la organización.⁷⁸ Y es este concepto el que habrá que analizar en cada caso, teniendo en cuenta la forma y modelo de organización de que se trate.⁷⁹ En ocasiones bastará quizás con la disponibi-

⁷⁵ Como parece concluir erróneamente el TS, STS 119/2007, de 16.2.2007.

⁷⁶ La jurisprudencia se ha metido en una larga y a veces contradictoria construcción de los fines que son o no necesarios tanto para la colaboración como para la pertenencia en organización terrorista, al discutir si estos implican o no comunión o afinidad ideológica. Véase el resumen de esta discusión recogido en SAN 16/2014, de 24.6.2014 (*Herriko-Tabernas*).

⁷⁷ Sin embargo, tal y como recoge Cancio Meliá (*Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 21 ss.), la jurisprudencia con frecuencia ha deducido la pertenencia a partir del acto concreto, partiendo de que hay una clase de actos que son de por sí propios de los miembros de la organización. Pero ello no sería en sí suficiente, pues, como se ha señalado, las conductas de colaboración y de pertenencia pueden coincidir, y para distinguir las son importantes tanto la relación jerárquica como la prolongación temporal; así, SAN de 31.3.2006 y STS 119/2007 de 16.2.2007.

⁷⁸ Así también Gutiérrez Gil, *Cuadernos de Derecho Judicial* 2, 2001, pp. 30 ss. Como recoge este autor, en los años ochenta la jurisprudencia venía exigiendo para probar la pertenencia una integración subordinada en la estructura jerárquica de la organización y la dedicación durante un tiempo prolongado a sus fines antisociales y violentos o a la realización de actos directamente relacionados con la actividad terrorista.

⁷⁹ Como señala Javier Jordán (*Profetas del miedo, Aproximación al terrorismo islamista*, Pamplona: Universidad de Navarra, 2004, pp. 156 ss.), la estructura en red de determinadas organizaciones se caracteriza por la descentralización y la unidad se produce en el nivel narrativo. Este tipo de estructura en red proporciona centralidad estratégica y descentralización táctica. Sin embargo, como señala este autor, hay que distinguir diferentes niveles de organización en torno a Al Qaeda, el primero de ellos más parecido a una estructura jerárquica tradicional. En mi opinión, cuando la

lidad permanente a las órdenes de determinados líderes ideológicos para colaborar, de forma directa o indirecta, en la realización de atentados —aunque teniendo en cuenta que una organización es siempre una estructura en la que quepa distinguir variadas funciones—,⁸⁰ mientras que en otras, en cambio, deberá exigirse la incorporación a una estructura más fuertemente jerárquica, por ser esta la forma que adopta la organización terrorista. Por otro lado, debe quedar claro que, tanto para la comisión de un delito de colaboración como para uno de pertenencia a organización terrorista, la contribución que se exige que el sujeto aporte o esté dispuesto a aportar debe ser una que favorezca sus fines delictivos. Pero recordemos que dichos fines no son los objetivos meramente políticos o ideológicos —no perseguibles penalmente—⁸¹ sino la finalidad de alterar los mecanismos democráticos, de cuestionar el monopolio de la violencia por el Estado. Por ello, la intervención realizada por el sujeto o asignada a él deberá ser una que contribuya a realizar o mantener los actos violentos⁸² que caracterizan al terrorismo,⁸³ aunque se trate de aportaciones genéricas,⁸⁴ indirectas⁸⁵ o todavía lejanas a la comisión de atentados concretos.

A pesar de lo dicho, la ampliación del concepto de organización terrorista⁸⁶ que ha realizado la jurisprudencia, más allá de la banda armada, para englobar a las “orga-

descentralización sea tal que lo único que relaciona a un individuo con el resto de la organización sea la comunión con una determinada ideología y métodos violentos, es más que dudoso que ello comporte el aumento de injusto propio de los delitos de organización. Véase STS 119/2007, de 16.2.2007 y el voto particular de los magistrados José Antonio Martín Pallín y Perfecto Andrés Ibáñez.

⁸⁰ Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., p. 202.

⁸¹ STS 2/1997, de 29.11.1997.

⁸² En el mismo sentido Asúa Batarrita (“El discurso del enemigo...”, o. cit., p. 268) habla de prestaciones que sean objetivamente funcionales *ex ante* para el mantenimiento operativo del grupo en su ordenación hacia la comisión de los delitos-fin. En el mismo sentido Garro Carrera, o. cit., pp. 335 ss.

⁸³ Si el Código Penal castiga de forma independiente el delito de “colaboración con organización terrorista” y la doctrina exige para que se dé ese tipo que la colaboración esté relacionada con las actividades y finalidades delictivas de la organización o grupo terrorista y dirigida a favorecerlas materialmente, no solo ideológicamente, pero sin llegar a pertenecer a la organización (así Muñoz Conde, o. cit., p. 847), lógicamente no puede exigirse menos para el delito de pertenencia.

⁸⁴ Pues afirma Lamarca Pérez (“Legislación penal antiterrorista”, o. cit., p. 107): “[...] si la ayuda o favorecimiento prestado se dirige a la ejecución de un plan concreto y específico éste debe sancionarse como participación en el delito ejecutado (vid., en este sentido, las STS de 26 de mayo de 1992 y 18 de octubre de 1993, entre otras muchas)”. También STS 2/1997, de 29.11.1997, fundamento jurídico 5.º.

⁸⁵ Como por ejemplo aportar listas o datos personales de posibles objetivos de los actos violentos de la organización: STS de 6.5.2005.

⁸⁶ Sobre la jurisprudencia anterior relativa al delito de pertenencia a organización terrorista y las conductas que podían ser calificadas como tal, véase Esteban Mestre Delgado, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid:

nizaciones satélites”, ha llevado claramente a una ampliación del tipo de pertenencia que en mi opinión infringe los principios de legalidad y de proporcionalidad. Ello no se evita mediante la medida, tomada por los tribunales para evitar “ilógicas e injustas exacerbaciones del contenido típico”,⁸⁷ consistente en distinguir entre “militantes” de las satélites, que cometen el delito de pertenencia a organización terrorista, y meros “afiliados”, que no lo cometen. Según esta distinción, militante o “militante activo” sería el que colabora activamente o “está a disposición”, un “alistamiento con voluntad de colaborar activamente”, mientras que se excluye de la sanción penal la mera adscripción “formal”, un simple “estar” sin “actuar” ni “empujar” en las organizaciones satélites. Respecto de la banda armada (la organización terrorista en sentido estricto) no es concebible, en cambio, según la jurisprudencia, una “integración inactiva”, por lo que todo miembro cumple el tipo de pertenencia.⁸⁸ Lo cierto es que el artículo 516, referido a las asociaciones ilícitas, habla de “miembros activos” dando a entender que los hay inactivos cuya integración en la asociación es atípica, pero el delito de integración en organización terrorista no hace esta distinción. Y tiene razón la jurisprudencia cuando habla de que no es concebible una integración inactiva en la banda armada,⁸⁹ pero la conclusión debería ser precisamente que la organización en la que sí sería posible tal distinción no es una organización terrorista, término que en mi opinión debe reservarse para su sentido estricto.⁹⁰ Por ello la citada jurisprudencia solo pone de manifiesto las incoherencias provocadas por una extensión desmedida del concepto típico de organización terrorista y su aplicación a grupos que no son equivalentes a la banda terrorista.

Ministerio de Justicia, 1987, pp. 188 ss.

⁸⁷ STS de 13.10.2009 (*Gestoras pro Amnistía*); SAN de 12.1.2012.

⁸⁸ SAN de 12.1.2012; SAN de 24.6.2014; STS de 13.10.2009; STS de 30.10.2012; STS de 27.2.2013, entre otras.

⁸⁹ Pero ello es así porque, como explica Cancio Meliá (*Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 210), no puede haber pertenencia sin actividad.

⁹⁰ La magistrada Clara Eugenia Bayarri García, en su voto particular a la sentencia 16/2014 (caso *Herriko Tabernas*), propone una reinterpretación de la jurisprudencia anterior en el sentido de que “la pertenencia a una organización ‘satélite’ no constituye por sí sola delito de pertenencia a organización terrorista, ni, por ende, de colaboración con ésta, como figura típica secundaria a aquélla, sino que requiere una pertenencia ‘activa’ y no simple militancia. Activismo que ha de venir referido no a la actividad (pública y/o política) de la organización satélite, sino que el activismo ha de predicarse, precisamente, respecto de conductas que necesariamente han de estar en relación con los elementos del tipo del delito terrorista que se imputa [...]”, y citando la STS 977/2012 concluye que “el apoyo debe referirse en alguna medida a las acciones terroristas”.

5. El tratamiento de los supuestos problemáticos

5.1. Organizaciones juveniles y *kale borroka*

En relación con los grupos juveniles dedicados a la *kale borroka*, la actitud del legislador⁹¹ y de la jurisprudencia hacia estas organizaciones ha ido cambiando notablemente. Encontramos primero sentencias en las que se condena por delitos comunes, desconectados del terrorismo, como atentado, delito de desórdenes públicos, tenencia de explosivos, etc.⁹² Con posterioridad encontramos algunas sentencias en las que se condena por delitos de colaboración con organización terrorista⁹³ y de terrorismo individual del artículo 577.⁹⁴ Ello demuestra que ni el legislador ni la jurisprudencia consideraban entonces *organización terrorista* a las organizaciones juveniles del entorno de ETA. Pronto la evolución jurisprudencial superaría esta interpretación.

En el año 2005⁹⁵ la AN⁹⁶ declaró a las organizaciones Jarrai, Haika y Segi (diferentes nombres adoptados con el paso del tiempo por el entramado que en su origen había surgido de las juventudes de KAS) asociaciones ilícitas del artículo 515.1 CP —pero no terroristas— y ordenó su disolución.⁹⁷ La AN, remitiéndose a la definición del TS en el

⁹¹ Tal y como vaticinaba Cancio Meliá (*Los delitos de terrorismo*, o. cit., p. 264) y criticaba Martínez Arrieta en su voto particular a la STS 50/2007 de 19.1.2007 (caso JARRAI/HAIKA/SEGI).

⁹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 21.2.2001, confirmada por STS 483/2003 de 4.4.2003.

⁹³ STS de 6.5.2005, que corrobora la SAN de 3.6.2004.

⁹⁴ SAN de 7.3.2002, confirmada por STS 786/2003, de 29.5.2003, y en el mismo sentido STS 1523/2004, de 23.12.2004. Señalan Lamarca Pérez ("Noción de terrorismo...", o. cit., p. 209) y Asúa Batarrita ("El discurso del enemigo...", o. cit., p. 250) que este precepto dedicado al ejercicio de violencia política no organizada, también denominado *terrorismo individual* —según el cual para ser calificado como terrorista no es preciso, como en los demás supuestos delictivos, pertenecer o estar integrado en una banda armada, organización o grupo terrorista, sino que basta con cometer determinadas acciones delictivas (homicidio, lesiones, incendios, etc.) con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública—, surgió, y en este sentido se aplicó inicialmente, para hacer frente a los casos de la denominada *violencia callejera* (*kale borroka*), pero en la actualidad y tras la declaración jurisprudencial de que las organizaciones juveniles (Segi, Jarrai) constituyen auténticas asociaciones ilícitas, incluso terroristas, ha perdido su sentido original y solo será de aplicación con carácter residual. En su origen se limitaba a la realización de los delitos más graves, que implicaban un alto grado de violencia, pero en el año 2000 se amplió notablemente. Véase Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 267 ss., quien señala los perniciosos efectos criminológicos que puede tener esta legislación y práctica jurisprudencial (nota 784).

⁹⁵ Señalan las contradicciones con la jurisprudencia anterior Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., p. 174, nota 494, y Martínez Arrieta en su voto particular a la STS 50/2007 de 19.1.2007.

⁹⁶ SAN 27/2005, de 20.6.2005.

⁹⁷ SAN 27/2005 de 20.6.2005, que condena a 16 de los 28 acusados como dirigentes de la asociación ilícita, a otros ocho como miembros de esta y absuelve a cuatro. Contra esta resolución, reclamando que se las considerase or-

caso *Marey*, ya explicada, optó por un concepto restrictivo de organización terrorista “—siempre equiparable a grupo armado con finalidad de alteración de los fundamentos de la convivencia social y política— como agrupación para la acción armada organizada con vínculos estables y permanentes, bajo la idea de jerarquía y disciplina, con propósito de acciones plurales e indeterminadas, dotada de medios idóneos que la organización criminal se procura —armamentos y explosivos—”, y decidió que ese conjunto de elementos no concurre en las organizaciones Jarrai, Haika y Segi, ya que dichas organizaciones, aun cuando tuvieran por sí mismas una finalidad ideológicamente próxima a la que con su actividad armada persigue la organización terrorista ETA, desplegaban actuaciones —además de las legítimas— que nunca se enmarcaban en la utilización de armas, en los términos recogidos por la ya reseñada jurisprudencia.

En definitiva, la AN se esforzó en aquel momento por distinguir entre la organización terrorista armada y otras organizaciones sociales, políticas o juveniles creadas en el seno del MNLV, cuya inicial finalidad no era la de un simple apoyo “moral” a la acción armada (lo que no sería punible), sino el desarrollo de una actividad ilícita que complementaba el verdadero terror ejecutado por ETA.⁹⁸ La AN dejaba claro que en el ámbito penal lo relevante es la diferencia de injusto que suponen unos y otros actos, cuando recuerda, con razón, que aunque la actividad de la organización juvenil sea complementaria y se realice bajo los designios de ETA (argumento que se suele esgrimir en los juicios surgidos del sumario 18/98 para identificar con ETA a todas las organizaciones por ella orientadas), el *delito* de organización terrorista debe reservarse al concepto de “banda armada”.⁹⁹ Sin embargo, esta sentencia fue casada por el TS en su sentencia 50/2007 de 19 de enero (ponente: Francisco Monterde Ferrer), que optó por calificar a dichas organizaciones como terroristas, siguiendo la tesis, ya comentada, del desdoblamiento, y rechazando expresamente un concepto de organización terrorista que se limite a la banda armada.¹⁰⁰

Recientemente encontramos no obstante dos sentencias (referidas a un mismo grupo) que intentan volver a poner coto a la conversión en terrorista “por contaminación”.

organizaciones terroristas, véase Antonio Fernández Hernández, “Jarrai-Haika-Segi: de asociación ilícita a organización terrorista”, *Revista Penal*, n.º 17, 2006, pp. 95-109, pp. 95 ss.

⁹⁸ *Ibidem*, fundamento jurídico 2.º.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*, fundamento jurídico 38.º, punto 8 ss. Merece la pena leer los votos particulares en contra de Martínez Arrieta y Giménez García, que defienden la calificación de asociación ilícita pero no terrorista que hizo la AN.

La AN ha absuelto a 40 miembros de la organización Gazte Independentistak (Jóvenes Independentistas), que eran acusados por la fiscalía y la acusación popular¹⁰¹ de ser integrantes o dirigentes de organización terrorista, por ser en realidad dicha plataforma, en su opinión, sucesora de la ilegalizada Egin.¹⁰² Las sentencias han concluido que esta organización “no se vinculó, ni planificó, ni promovió, ni dirigió acciones de violencia callejera, ni consta que configurara grupos para ejecutarlas” y que “no consta que Gazte Independentistak dependiera de ETA, ni que ésta diseñara su estrategia y actividades”. Las sentencias afirman:

[...] no puede extenderse, como mancha de aceite, la declaración de ilegalidad por el carácter terrorista de la organización —de SEGI o de KAS— a otras personas físicas o jurídicas, salvo que se demuestre a su vez que son estructuras de carácter terrorista. En el espacio político de la izquierda abertzale pueden actuar otros movimientos dentro del marco constitucional, es decir siempre que funcionen de modo autónomo y no bajo la dependencia y tutela de ETA, y que no complementen el programa de terror que esta organización trata de infundir en la sociedad, mediante actos violentos, con la finalidad de subvertir el orden constitucional y de alterar la paz.¹⁰³

5.2. Organizaciones de apoyo a los presos

Gestoras Pro Amnistía (GPA), organización nacida en la década de 1970 para defender la liberación de los presos etarras y para dar apoyo a sus familiares, y su sucesora Askatasuna (Libertad), creada en 2001, fueron declaradas organizaciones terroristas¹⁰⁴ por ejercer el control y la coordinación del colectivo de presos de ETA y realizar apología del terrorismo (al organizar actos de homenaje a miembros de ETA o jornadas de lucha en favor de los presos o “transmitir un mensaje inveraz y distorsionador de la realidad de ese colectivo” “en aras de lograr la permanencia y nuevos adeptos”). Así mismo, fueron acusadas de llevar a cabo una campaña para promover la salida del País Vasco de los cuerpos y fuerzas de seguridad, que incluía movilizaciones, intervenciones públicas

¹⁰¹ Ejercida por la organización Dignidad y Justicia.

¹⁰² SAN 26/2014 y 27/2014, de 14.5.2014, ponente: Ramón Sáez Valcárcel.

¹⁰³ La sentencia cuenta sin embargo con un voto particular de Nicolás Poveda Peñas que reclama el castigo por considerar probada la “militancia activa” de los acusados en SEGI, dado que en los domicilios de algunos se encontraron documentos con los anagramas de esta organización o haberlo reconocido en su declaración policial, tras lo que le basta con apelar a la tesis del desdoblamiento de ETA.

¹⁰⁴ Dentro del sumario 33/2001 incoado por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 (del que entonces era titular Baltasar Garzón).

para pedir cortes de luz y boicots, etc. Por ello se las consideró parte de ETA, siguiendo el argumento del “desdoblamiento” y de que el MLNV es en realidad dirigido por ETA, que controla a KAS.¹⁰⁵

El TS afirmó que GPA/Askatasuna tenían realmente la condición de “terroristas” de acuerdo con las previsiones del Código Penal, “porque la atribución de la condición de ‘terrorista’ a la organización no requiere forzosamente el que ella, y todos o parte de sus miembros, cometan por sí mismos los actos de violencia”, sino que basta probar que “formaban parte, como una más, de las propias estructuras del terrorismo, sin posibilidades de actuación ajena o independiente a lo que eran las directrices fijadas por los máximos responsables de esa estructura”. Y concluyó:

“Terrorista”, por lo tanto, es calificativo aplicable a todo el entramado y a las organizaciones que lo forman, porque las características de tal, la finalidad subversiva perseguida mediante la siembra del terror en la sociedad a través de la ejecución de concretos actos de violencia, encarnadas en primera persona en ETA, son en realidad las características de todos aquellos que cumplen fielmente el papel que les corresponde dentro del plan general marcado por esta organización. Y aunque GPA y ASKATASUNA no se dedican a la comisión, por sí mismas, de delitos terroristas, sí que participan en la amplia y coordinada actividad desplegada por el terrorismo, manteniendo la cohesión de un grupo tan sensible como el colectivo de presos, justificando las acciones criminales cometidas por éstos, infundiendo el terror a los “enemigos” de ETA señalándoles públicamente como responsables de la “represión”, ejerciendo presiones de todo punto ilícitas para expulsar del País Vasco y Navarra a los representantes de instituciones democráticas cuya autoridad se niega.¹⁰⁶

Años después, el auto del JCI n.º 6 de la AN de 27.9.2013 (titular Eloy Velasco) suspendió las actividades de la asociación Herrira, dedicada a la defensa de los derechos de los presos y huidos etarras, a los que denominan “presos políticos”, al considerarla indiciariamente organización terrorista por ser sucesora de la ilegalizada Gestoras Pro Amnistía/Askatasuna y por tanto una herramienta de ETA para el control y la cohesión de sus presos, y dedicarse, el palabras del instructor, a convocar y dar el soporte organizativo necesario a la celebración de más de un centenar de actos de enaltecimiento y

¹⁰⁵ SAN 39/08, de 15.9.2008, confirmada por la STS 985/2009, de 13.10.2009. Sus dirigentes fueron condenados a penas de entre 8 y 10 años de prisión. Con detalle sobre toda la argumentación, Garro Carrera, o. cit., pp. 336 ss.

¹⁰⁶ STS 985/2009, de 13.10.2009.

ensalzamiento de los presos de ETA y de su actividad.¹⁰⁷ El juez instructor reitera en sus argumentaciones la doctrina de la STS 303/2012, de 30 octubre, afirmando que “una organización terrorista que persigue fines pseudo-políticos puede intentar alcanzarlos no solo mediante actos terroristas, sino también a través de actuaciones que, en sí mismas consideradas, no podrían ser calificadas como actos terroristas (movilizaciones populares no violentas, actos de propaganda política no violentas, actos de propaganda política no violenta, concienciación popular de la importancia de los fines, etc.)”.¹⁰⁸ En mi opinión, resulta bastante evidente que un hecho atípico no puede convertirse en típico en razón de quien lo organice o realice, so pena de caer en un derecho penal de autor. El caso está todavía pendiente de juicio.

5.3. *Herriko Tabernas* y partidos políticos

En esta reciente sentencia,¹⁰⁹ que se ha demorado más de 14 años, se condena a diversas personas encargadas de la gestión de las llamadas *Herriko Tabernas*,¹¹⁰ 111 tabernas o “asociaciones culturales” que se argumenta pertenecen a la coalición política Herri Batasuna (HB) y sus sucesoras y sirven a la financiación del MLNV, según la jurisprudencia controlado por ETA. A la vez, la sentencia declara probado que constituyen una infraestructura logística para el desarrollo de las actividades de otras organizaciones satélites, igualmente controladas por la banda, tales como KAS/EKIN, JARRAI/HAIKA, Herri Batasuna y Gestoras Pro-Amnistía, pues algunas de ellas servían para hacer reuniones, o incluso en alguna se había hallado material y propaganda relacionados con actividades de “*kale borroka*”. Sin embargo, el interés de la sentencia va más allá, pues, como la propia AN reconoce, considerar actividades de pertenencia o de colaboración con organización terrorista las relacionadas con las *Herriko Tabernas* pasaba necesariamente por

¹⁰⁷ Críticos con esta decisión, véase Lucía Martínez Garay y Javier Mira Benavent, “Ilegalidad e inconstitucionalidad en la instrucción del ‘caso Herrera’”, *Deia. Tribuna Abierta*, <<http://www.deia.com/2013/11/06/opinion/tribuna-abierta/ilegalidad-e-inconstitucionalidad-en-la-instruccion-del-39caso-herrera39>> (1.5.2015), en la que reproducen el argumento.

¹⁰⁸ Véase también Juzgado Central de Instrucción n.º 6, auto de 10.1.2014, en el que el juez prohíbe una manifestación cuya organización achaca a Herrera.

¹⁰⁹ SAN 16/2014, de 24.6.2014.

¹¹⁰ La audiencia condena por pertenencia a organización terrorista a aquellos implicados que habían pertenecido a HB o sus sucesoras o a alguna otra de las organizaciones “satélite” declaradas parte del entramado de ETA y por colaboración con organización terrorista a los responsables y empleados de las empresas encargadas de la gestión y a otros implicados en tareas de coordinación, etc.

calificar penalmente a HB y sus sucesores como organización terrorista, lo que todavía no había ocurrido. En el aspecto político e institucional el “desdoblamiento” del que habla constantemente la jurisprudencia habría dado lugar a la creación, en 1978, de la coalición HB, que participó en las elecciones bajo distintas formas y siglas hasta que fue declarada partido político ilegal bajo la Ley de Partidos Políticos.¹¹¹ Sin embargo, esta declaración de ilegalidad en la vía civil no se acompañó en la época de un proceso penal para dilucidar si además los integrantes de esos partidos políticos podían ser condenados por pertenencia a organización terrorista.

Hay que señalar en este aspecto que también la interpretación jurisprudencial hacia HB y sus sucesores ha variado notablemente a lo largo del tiempo.¹¹² Merece la pena recordar la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 1997, en la que condena todos los miembros de la Mesa Nacional de HB (23) como autores de un delito de colaboración —y no pertenencia— con banda armada.¹¹³ En

¹¹¹ Sentencia de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo, de 27.3.2003. Véase Garro Carrera, o. cit., pp. 342 ss. Las ilegalizaciones fueron avaladas por el TC (STC 5/2004, “Batasuna”, y 6/2004, “Herri Batasuna”, de 16.1.2004) y por el TEDH, sentencia de 6.11.2009, que argumentó que los partidos ilegalizados eran “instrumentos de la estrategia terrorista de ETA”, favorecían un clima de confrontación social y realizaban “una actividad de apoyo implícito al terrorismo de ETA” estando “muy próximos a un apoyo explícito a la violencia y de alabanza a las personas realmente ligadas al terrorismo”. Sobre los aciertos y los déficits de esta sentencia véase Eduardo Vígala Foruria, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos avala la ilegalización de Batasuna (aspectos positivos y algunos pocos negativos de su jurisprudencia)”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13, 2010, pp. 415 ss.

¹¹² Afirmaba Lamarca Pérez (“Legislación penal antiterrorista”, o. cit.), en relación con la Ley de Partidos: “A mi juicio [...] procede también su derogación pues no creo que resulte acorde con los valores de libertad y pluralismo que consagra el texto fundamental de 1978 y sólo a través de un procedimiento penal, esto es por la realización de hechos delictivos, y con todas las garantías que este tipo de procedimiento implica, puede resultar adecuado decretar la suspensión o disolución de una asociación o partido político”. Similar Mira Benavent, “Noción de terrorismo...”, o. cit., p. 51. Por desgracia parece que el devenir ha sido el contrario. No se ha derogado la Ley de Partidos, sino que las argumentaciones utilizadas bajo esta se han ido filtrando en el derecho penal para acabar expandiendo el concepto de organización.

¹¹³ En relación con el delito de colaboración, hay que señalar que a raíz de esta condena el TC declaró inconstitucional su predecesor en el anterior Código Penal por infringir el principio de proporcionalidad —véase la STC 136/1999 de 20.7.1999 (caso de la *Mesa Nacional de Herri Batasuna*)—. La doctrina criticaba que los motivos de inconstitucionalidad debían ir más lejos. Véase Mestre Delgado, o. cit., pp. 195 ss. Asúa Batarrita, “Apología del terrorismo...”, o. cit., pp. 1639 ss.; Enrique Gimbernat Ordeig, *Ensayos penales*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 65. El legislador ha intentado concretar la definición de la conducta, pero, como señala Cancio Meliá (*Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 248 ss.), ha introducido como alternativas las de colaborar con las actividades o colaborar con las “finalidades”, que responde, según este autor, a la ampliación de la interpretación de pertenencia, que por desmesurada dejaba sin contenido a la colaboración. En todo caso, en mi opinión, es imprescindible una interpretación restrictiva, la colaboración que puede castigarse es solo aquella que de alguna forma contribuya objetivamente a la prosecución de los actos violentos. Lamentablemente no es esta la interpretación de la jurisprudencia. Véase Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 253-254, y la crítica a la SAN de 19.12.2007, de Garro Carrera, o. cit., pp. 335 ss.

aquella ocasión el Tribunal se esforzó en dejar clara la excepcionalidad de la intervención penal, que se limitaba a la conducta concreta de haber prestado un espacio informativo a la banda terrorista, sin censurar el resto de actividades de la coalición ni calificarla de organización terrorista.

La AN tenía ahora la opción de definir de nuevo qué es una organización terrorista y ver si esos elementos se dan el HB, pero, a pesar de que señala que debe probar si se aprecia una actividad terrorista en Batasuna o si Batasuna favorecía la actividad terrorista de la banda ETA, finalmente recurre de nuevo al argumento del desdoblamiento. No llega a explicar la AN, como hubiera sido deseable, de qué manera ha contribuido Batasuna a la concreta actividad terrorista. Sin embargo, concluye que “El desdoblamiento, la doble militancia o bien el control electoral, con la intromisión de ETA en la elaboración de las listas a diversas elecciones, o la política a seguir por los electos, o los actos de protesta, apoyo y reivindicación” llevan a afirmar el carácter no solo ilegal sino de asociación terrorista de HB y sus sucesoras.¹¹⁴ En mi opinión esta sentencia constituye un cambio de interpretación respecto de la opinión del TS en 1997, cuando ya eran conocidos y no se consideraron relevantes los datos de las dobles militancias o la existencia de la Coordinadora Abertzale Socialista (KAS), que ahora le llevan a considerar a Batasuna parte del entramado controlado por ETA y por tanto parte de la propia ETA. Este cambio de consideración se aplica además de forma retroactiva.

Paralelamente también se observa un cambio de actitud respecto de las conductas de gestión y asesoramiento de las *Herriko Tabernas*, pues en el año 2001, antes de la ilegalización de HB, la AN consideró:

[...] la actividad de asesoramiento mercantil y financiero imputada a [...] [una de las personas ahora condenadas], dista mucho de poder ser considerada una actividad terrorista, ni tan siquiera en su modalidad de colaboración con banda armada, pues ni hay constancia de la existencia de vinculación alguna entre la procesada y la organización terrorista, ni encargarse de la administración de estas entidades, pertenecientes a un partido político con representación parlamentaria, es “equivalente” a realizar cualquiera de las diversas actividades de favorecimiento expresamente tipificadas como delito de colaboración en el art. 576 CP.¹¹⁵

¹¹⁴ La sentencia cuenta con un voto particular de Clara Eugenia Bayarri García, que propone la absolución de todos los acusados.

¹¹⁵ Auto de la Audiencia Nacional (AAN) de 21.6.2001.

La AN intenta salvar la contradicción diciendo que ahora tienen más pruebas para establecer en qué se concretaba aquella labor de asesoramiento y demostrar que estaba al servicio de un proyecto de financiación ideado desde la banda ETA. En realidad la sentencia no puede probar una financiación directa a ETA, sino solo un acuerdo, incautado a uno de los dirigentes de ETA, en el que aparecen una serie de empresas, coordinadas por KAS, entre ellas la que gestiona las *Herriko Tabernas* por indicación de HB, y el plan de repartir los beneficios entre HB, Gestoras Pro Amnistía y la propia KAS. Por otra parte es claro que la existencia de este entramado ya se conocía en 2001, por lo que solo cabe concluir un cambio de interpretación.

Una vez afirmado que la actividad de una organización “complementa” la actividad de la banda armada en otro plano distinto al militar y que ETA tiene capacidad de dirigirla o de controlarla o infiltrarla, queda probado para la jurisprudencia su pertenencia al “entramado” en sentido amplio y esa organización queda convertida en terrorista. A partir de esta calificación, para condenar por pertenencia a organización terrorista solo es necesario, como hemos visto *supra*, que la pertenencia a la “organización satélite” no sea meramente “formal” sino que se trate de una “militancia activa”.

5.4. Medios de comunicación

En el mismo sumario 18/98, del que hemos hablado repetidamente, se afirmaba la existencia de un “frente mediático” de ETA-KAS. Sin embargo, el caso del diario *Egin* y su emisora de radio Egin Irratia es peculiar, pues finalmente no fue tratado como un caso de pertenencia sino de colaboración. El juez Garzón, por auto de 14 de julio de 1998, ordenó cautelarmente la clausura y suspensión de actividades de *Egin* y Egin Irratia. La AN condenó en 2007¹¹⁶ al director del diario y algunos de sus consejeros, simultáneamente pertenecientes a KAS, por el delito de pertenencia a organización terrorista, mientras que la subdirectora y otros consejeros no pertenecientes simultáneamente a KAS fueron condenados por colaboración con organización terrorista.¹¹⁷ El TS confirmó en 2009 la

¹¹⁶ SAN, Sala de lo Penal, de 19.12.2007.

¹¹⁷ Para ello entendió probado que miembros de KAS formaban parte del consejo de administración de la empresa responsable del diario y la emisora de radio, y que EGIN aparecía mencionado en un documento incautado a dirigentes de ETA sobre la financiación del MVLN. Se trata del mismo documento mencionado más arriba en la sentencia de las *Herriko Tabernas*. La SAN, Sala de lo Penal, de 19.12.2007, declaró probados además trasvases de dinero dentro del MNLV, como condonaciones de deudas por publicidad encargada por KAS al diario EGIN, o préstamos a la sociedad

sentencia contra el director y los consejeros pertenecientes a KAS y la subdirectora del diario, pero revocó la declaración de ilicitud de las actividades de la empresa editora y su suspensión, aunque en realidad lo hizo más bien por un fallo en la motivación de la AN a la hora de imponer las medidas del artículo 129 CP y la ausencia de argumentación sobre el carácter de asociación ilícita de la empresa (tampoco solicitado por las acusaciones), junto con el hecho de haber condenado a sus consejeros como colaboradores y no como integrantes de organización terrorista (calificación que correspondería si la propia empresa se hubiera declarado parte del entramado de ETA).¹¹⁸

Recientemente encontramos sin embargo una sentencia en sentido contrario. Por auto de 19 de febrero de 2003 del JCI n.º 6 de la AN (Eloy Velasco), se acordó la clausura y precinto temporal preventivo del periódico *Euskaldunon Egunkaria*. Las acusaciones argumentaban que el periódico era un instrumento que la banda terrorista ETA utilizaba para la difusión de la cultura y la lengua vascas y también para la difusión ideológica y propaganda de la izquierda abertzale, y que ambas funciones tienen como fin último prostituir la lengua y la cultura vascas haciéndolas propias y exclusivas, para la exaltación de un hecho diferencial imprescindible para su proyecto revolucionario. Así mismo se denunciaba que la organización ETA habría nombrado a los dos directores del periódico.¹¹⁹ La Audiencia Nacional, por sentencia de 12 de abril de 2010, absolvió a los directivos del periódico del delito de pertenencia a la organización terrorista declarando que no había ninguna prueba de tal vinculación, ni base constitucional para la suspensión de su actividad decretada siete años antes.

editora de este por parte de una Herriko taberna, etc., así como informes remitidos a dirigentes de ETA sobre la marcha del periódico y el estado de la empresa. Además de lo anterior, la AN consideró probado que EGIN realizaba tareas de información para ETA y KAS al publicar datos en sus informaciones periodísticas y de investigación que luego eran utilizados por aquellas para realizar atentados o actos de presión.

¹¹⁸ STS 480/2009, de 22.5.2009.

¹¹⁹ Muy crítico contra estas decisión Jon Landa Gorostiza, "Prólogo", en José Luis De La Cuesta e Ignacio Muñagorri Lagua (dirs.), *Clausura de medios de comunicación vascos (Egin, Egin Irratia y Euskaldunon Egunkaria)*, San Sebastián: UPV, 2008, pp. 3 ss., y los diversos artículos recogidos en esta obra, incluido un informe de Kai Ambos. También Lamarca Pérez, "Noción de terrorismo..."; o. cit., p. 44.

6. Conclusiones y propuesta personal

Asistimos en España a una paulatina expansión, tanto legal como jurisprudencial, de los delitos de terrorismo, mediante la ampliación y anticipación de la intervención penal, que se ve aumentada por la reinterpretación jurisprudencial de la calificación como organización terrorista y de las conductas de pertenencia y de colaboración. Esta evolución y ampliación del concepto de terrorismo ha conducido a que “actuaciones que en sí mismas consideradas no podrían ser calificadas como actos terroristas (movilizaciones populares no violentas, actos de propaganda política no violenta, concienciación popular de la importancia de los fines, etc.)” puedan ser calificadas de terroristas si son llevadas a cabo por organizaciones políticas “aparentemente independientes” pero que “en realidad funcionan siguiendo las consignas impuestas por la organización terrorista, son dirigidas por personas designadas o ya pertenecientes a la organización terrorista y son alimentadas, material o intelectualmente desde aquella” y por tanto “le sirven como apoyo y complemento para la consecución de sus fines”.¹²⁰

Si bien suele afirmarse que “la imputación solo podrá hacerse a aquellas personas respecto de las que se haya acreditado que conocen que sus aportaciones contribuyen a las actividades terroristas de la organización”,¹²¹ o que “el apoyo debe referirse en alguna medida a las acciones terroristas —así parece deducirse de la decisión Marco de 2002, artículo 2.2.b—”,¹²² lo cierto es que este requisito parece haberse flexibilizado hasta su eliminación, pues la jurisprudencia se conforma finalmente con un apoyo ideológico o político, sin necesidad de probar que las actividades faciliten objetivamente los actos de violencia propiamente terrorista o la existencia y el funcionamiento mismo de la banda armada que comete tales actos; basta un “apoyo político” o “cobertura ideológica” o “institucional” a ETA.¹²³ Los datos que convierten por tanto a una organización en “terrorista”, podemos afirmar que, a pesar de las proclamaciones de los tribunales, son finalmente la comunión con los fines políticos junto con la coordinación, infiltración o participación de miembros de ETA, o de miembros de las organizaciones a su vez calificadas como parte de la estructura de esta mediante la misma definición (en una especie

¹²⁰ STS 608/2013, de 17.7.2013 (fundamento jurídico 3.º, 1), 480/2009, de 22.5.2009 (caso *KAS-EKIN XAKI*), 290/2010, de 31.3.2010; SAN 16/2014, de 24.6.2014 (*Herriko Tabernas*).

¹²¹ Véanse las sentencias citadas en la nota anterior.

¹²² STS 480/2009, de 22.5.2009 (caso *KAS-EKIN-XAKI*)

¹²³ Mira Benavent, “El derecho penal...”, o. cit., pp. 8 ss.

de contaminación sucesiva), lo que es interpretado como un control final por parte de la organización terrorista.

En contra de la jurisprudencia expuesta, dado el contenido de injusto específico característico del terrorismo y el paralelo elevado reproche penal que a tales conductas se asigna y que tiene su reflejo en las penas más altas del ordenamiento, estimo, con una gran parte de la doctrina, que el término *organización terrorista* debería aplicarse en un sentido estricto, para referirse exclusivamente a organizaciones que hagan un uso extremo de la violencia (delitos graves en la línea de los recogidos en el artículo 1 de la decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo) con fines políticos y cuenten con capacidad de lesionar el orden democrático (los mecanismos democráticos de hacer política).¹²⁴ Aunque la reciente reforma del CP español, en vigor a partir del 1 de junio de 2015, no ha respetado este listado de conductas violentas calificables como terrorismo, lo cierto es que sí ha limitado en el nuevo artículo 573 la consideración de delitos terroristas a una serie de delitos graves.¹²⁵ Así pues, solo la organización dedicada a tales delitos deberá ser considerada organización terrorista, y no aquellas otras que puedan compartir o apoyar su ideología o sus fines a través de otras conductas que no supongan una contribución a la realización de delitos terroristas.

Así, quedarían fuera de esta calificación las organizaciones que con su actividad no faciliten la violencia, o incluso aquellas que utilicen la violencia pero en un grado menor (delitos de daños, desórdenes públicos, etc.), que no alcance la magnitud que caracteriza a los medios específicamente terroristas.¹²⁶ Estas podrán ser calificadas como asociaciones ilícitas¹²⁷ si se dedican a la comisión de delitos,¹²⁸ o deberán ser consideradas legales

¹²⁴ Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., pp. 203; Garro Carrera, o. cit., pp. 335, 338, 350; De Prada Solaesa, "Justicia transicional...", o. cit., pp. 29-46.

¹²⁵ Entre los cuales, en mi opinión, no se encuentran los desórdenes públicos, a pesar de su mención, con una deficiente técnica legislativa, en el nuevo artículo 573 bis 4, pero solo a los efectos de establecer una pena agravada cuando se cometan en relación con la actividad de organizaciones terroristas, lo que no los convierte en delitos terroristas, al no estar incluidos en el 573.1.

¹²⁶ Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, o. cit., p. 265.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 270.

¹²⁸ Mención especial merecería aquí el delito de "enaltecimiento del terrorismo", previsto en el artículo 578 CP, cuya aplicación, como señala Mira Benavent ("El derecho penal...", o. cit., p. 10) "está sufriendo actualmente un momento de paroxismo" y que merece una profunda reflexión y probablemente una reinterpretación o modificación. Al respecto, Alberto Alonso Rimo, "Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 4, Madrid, 2010, pp. 13 ss. En todo caso, como señala Asúa Batarrita ("El discurso del enemigo...", o. cit., p. 259), la decisión del legislador de situar bajo el mismo epígrafe conductas periféricas de menor entidad —como la apología, el enaltecimiento o el menosprecio o humillación de las víctimas o familiares— no debe dis-

si no es así, por mucho que persigan los mismos fines políticos que una organización terrorista e incluso estén coordinadas o hayan pertenecido a ella presos preventivos o expresos (y aun cuando esto se considerase doble militancia) de la banda terrorista, o su actividad en sí lícita otorgue algún tipo de ventaja a los fines políticos de la banda (lo lícito no puede convertirse en ilícito según a quien favorezca). Lo contrario supone caer en lo que Asúa Batarrita¹²⁹ denomina el “modelo de contaminación”, la extensión de la ilicitud por el contacto colaborador en estrategias políticas, lo que implica una ampliación de criterios de imputación penal contraria al principio de responsabilidad por el hecho propio,¹³⁰ que en ocasiones lleva a un verdadero derecho penal de autor y constituye además una infracción de los principios de legalidad y de proporcionalidad, pues no olvidemos que la calificación acarrea toda una serie de consecuencias propias del derecho penal del enemigo.

Pertenecientes a la organización terrorista en este sentido estricto serán por tanto quienes de forma estable se incardinan en la estructura, realizando u ofreciéndose para la realización de las citadas acciones violentas o para actividades que contribuyan de manera objetiva a la subsistencia de la organización misma, de manera que dichas actividades en realidad contribuyen a la continuidad de la actividad delictiva y por tanto a la comisión de los actos violentos típicamente terroristas.¹³¹

Ahora más que nunca, ante el cese definitivo de la actividad armada, deberíamos encaminarnos hacia una normalización de la legislación penal¹³² (que nunca debió derivar hacia la excepcionalidad). Ello sin duda favorecerá también una normalización política y social y el fortalecimiento del Estado de derecho.¹³³

torsionar el carácter estricto del concepto de terrorismo. Es decir, aunque dichas conductas se mantengan como delito, una organización dedicada a cometerlas no se convertiría por ello en organización terrorista, sino tan solo en asociación ilícita.

¹²⁹ En el mismo sentido, Asúa Batarrita, “El discurso del enemigo...”, o. cit., pp. 254 ss.

¹³⁰ Mira Benavent, “Noción de terrorismo...”, o. cit., pp. 53 ss.

¹³¹ Asúa Batarrita, “El discurso del enemigo...”, o. cit., pp. 254; Mira Benavent, “El derecho penal...”, o. cit., pp. 13 ss. Como señala este autor “lo relevante en cualquier delito, y también por supuesto en el de pertenencia a organización terrorista, tiene que ser la acción y no el sujeto: es la acción en sí misma considerada y su valor para la perpetración de los atentados terroristas (hecha, evidentemente, con conciencia de esta circunstancia) lo que convierte a quien la realiza en autor de un delito de pertenencia, no la cualidad del autor (perteneciente al “entorno” de ETA) la que convierte en delictivas sus acciones”.

¹³² De Prada Solaesa, “Justicia transicional”, o. cit., p. 29; Mira Benavent, “El derecho penal...”, o. cit., p. 10; Pérez Machío: *¿Garantismo versus impunidad?*, 52 ss.

¹³³ Mira Benavent, “El derecho penal...”, o. cit., p. 11; De Prada Solaesa, “Justicia transicional”, o. cit., p. 29; Lamarca Pérez, “Noción de terrorismo...”, o. cit., pp. 46 ss.

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, María, “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, en Patricia FARALDO CABANA (dir.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 341 y ss.
- ALONSO RIMO, Alberto, “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 4, Madrid, 2010, pp. 13-80.
- ASÚA BATARRITA, Adela, “Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (comentario a la sentencia de 29 de noviembre de 1997 de la Sala Penal del Tribunal Supremo)”, *La Ley*, n.º 3, 1998, pp. 1639 ss.
- “El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, ‘finalidades terroristas’ y conductas periféricas”, en Manuel CANCIO MELIÁ y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 239-276.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid: Reus, 2010.
- “‘Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, *Jueces para la Democracia*, n.º 44, 2002, pp. 19-26.
- “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en Manuel CANCIO MELIÁ y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 341-382.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- DE PRADA SOLAESA, José Ricardo, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, *Jueces para la Democracia*, n.º 25, 1996, pp. 73-77.
- “Justicia transicional ante el fin de ETA”, en Elena MACULAN (coord.), *Seguridad internacional en un orden mundial en transformación*, Madrid: IUGM, 2014, pp. 29-46.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Patricia FARALDO CABANA (dir.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 299-340.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, “Jarrai-Haika-Segi: de asociación ilícita a organización terrorista”, *Revista Penal*, n.º 17, 2006, pp. 95-109.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 2009.
- GARRO CARRERA, Enara, “Libertad de asociación y terrorismo. Análisis de casos fronterizos”, José Luis DE LA CUESTA y Ignacio MUÑAGORRI LAGUÍA (dirs.), *Aplicación de la normativa antiterrorista*, Bilbao: IVAC-KREI, 2009, pp. 324-353, también accesible en <http://www.ehu.es/documents/1736829/2067438/12+-+Libertad+asociacion+terrorismo.pdf> (1.5.2015).

- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, "Organización y grupos criminales", inédito.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal español*, Barcelona: Bosch, 1978.
- GIL GIL, Alicia, "El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: Especial consideración del elemento volitivo de la intención", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 2000, pp. 103-138.
- "La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto 'organización terrorista'", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 67, 2014.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos penales*, Madrid: Tecnos, 1999.
- GONZÁLEZ CUEVAS, Pedro Carlos, "Política de lo sublime y teología de la violencia en la derecha española", en Santos JULIÁ DÍAZ (dir.), *Violencia política en la España del siglo XX*, Madrid: Taurus, 2000, pp. 105-143.
- GUTIÉRREZ GIL, Andrés Javier, "La participación por colaboración en el delito de terrorismo", *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 2, 2001, pp. 13-70.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, "Joint criminal enterprise, ¿una especie jurídica en vías de estación en el derecho penal internacional?", en Alicia GIL GIL (dir.) y Elena MACULAN (coord.), *Intervención delictiva y derecho penal internacional. Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid: Dykinson, 2013, pp. 413-472.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, "Objeto jurídico y accidentes del delito de asociación ilícita", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 2, 1998, pp. 172 ss.
- JAKOBS, Günther, "La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente", *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 20, 1999, pp. 119 ss.
- "¿Derecho penal del enemigo?: Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en Manuel CANCIO MELIÁ y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 93-116.
- "¿Terroristas como personas en derecho?", en Manuel CANCIO MELIÁ y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 77-92.
- «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung», *ZStW* n.º 97, 1985.
- JORDÁN, Javier: *Profetas del miedo, Aproximación al terrorismo islamista*, Pamplona: Universidad de Navarra, 2004.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid: Colex, Constitución y Leyes, 5.ª ed., 2010.
- "Legislación penal antiterrorista: análisis crítico y propuestas", *Azpilcueta*, n.º 20, 2008, pp. 199-214, <<http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/azpilcueta/20/20199214.pdf>> (1.5.2015).

- “Noción de terrorismo y clases evolución legislativa y jurisprudencial”, en Carmen JUANATEY DORADO y Cristina FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA (eds.), *El nuevo panorama del terrorismo en España: Perspectiva penal, penitenciaria*, Alicante: Universidad de Alicante, 2013.
- “Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 46, n.º 3, 1993, pp. 535-560.
- *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1985.
- LAMPE, Ernst-Joachim, “Systemunrecht und Unrechtssystem”, *ZStW*, n.º 106, 1994, pp. 693 ss.
- LANDA GOROSTIZA, Jon, “Prólogo”, en José Luis DE LA CUESTA e Ignacio MUÑAGORRI LAGUIA (dirs.), *Clausura de medios de comunicación vascos (Egin, Egin Irratia y Euskaldunon Egunkaria)*, San Sebastián: UPV, 2008.
- LARRAURI PIJOAN, Elena, “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, *Jueces para la Democracia*, n.º 55, 2006, pp. 15-22.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “Reformas penales en materia de terrorismo”, *Actualidad Penal*, n.º 3, 2000, pp. 1009 ss.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía, y Javier MIRA BENAVENT, “Ilegalidad e inconstitucionalidad en la instrucción del ‘caso Herrira’”, *Deia. Tribuna Abierta*, <http://www.deia.com/2013/11/06/opinion/tribuna-abierta/ilegalidad-e-inconstitucionalidad-en-la-instruccion-del-39caso-herrira39/> (1.5.2015).
- MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1987.
- MIRA BENAVENT, Javier, “El derecho penal ante el fin de ETA: la cuestión de la criminalización de su entorno político e ideológico”, *Hermes: Pentsamendu eta Historia Aldizkaria. Revista de Pensamiento e Historia*, n.º 45, 2013 (número dedicado a “El derecho penal ante el fin de ETA: 24 meses”), http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/derecho-penal-fin-eta-cuestion-criminalizacion-entorno-politico-ideologico/id/58391895.html (1.5.2015).
- “Noción de terrorismo y clases evolución legislativa y jurisprudencial”, en Carmen JUANATEY DORADO y Cristina FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA (eds.), *El nuevo panorama del terrorismo en España: Perspectiva penal, penitenciaria y social*, Alicante: Universidad de Alicante, 2013, pp. 5-14.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, 19.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “La ‘doctrina Parot’ y el fallo del TEDH en el asunto ‘Del Río Prada contra España’: el principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 9, 2013, pp. 377-416.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, “¿Garantismo versus impunidad?”, en José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI (dir.), *Terrorismo e impunidad*, Madrid: Dilex, 2014, pp. 58-69.

- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del ‘enemigo’ tras el atentado de 11 de septiembre de 2011”, en *Mientras tanto*, n.º 83, 2002, pp. 77-91.
- “Terrorismo de Estado: los grupos antiterroristas de liberación”, en Luis ARROYO e Ignacio BERDUGO LA TORRE (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, vol. II, 2001, 500 ss.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, *ZRP*, 1979, pp. 14 ss.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel: “Comentario al artículo 570 bis”, en Manuel GÓMEZ TOMILLO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “¿‘Pertinencia’ o ‘Intervención’? Del delito de ‘pertinencia a una organización criminal’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, en Emilio Octavio DE TOLEDO y UBIETO, Manuel GURDIEL SIERRA y Emilio CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2003, pp. 1069-1096.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Terrorismo y derecho*, Madrid: Tecnos, 1988.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos avala la ilegalización de Batasuna (aspectos positivos y algunos pocos negativos de su jurisprudencia)”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13, 2010, pp. 415-436.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “Comentario previo a la Sección 2.ª (De los delitos de terrorismo)”, en Manuel GÓMEZ TOMILLO (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2011.

EL DELITO DE FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO EN LA ARGENTINA

Nicolás Guzmán

RESUMEN. Con base en los graves atentados de finales del siglo xx en la República Argentina, resulta pertinente una legislación contra el terrorismo. Los instrumentos internacionales, incluso de *soft law*, fueron determinantes para la sanción de una nueva Ley Antiterrorista (n.º 26 734) a finales del año 2011. Esta ley es defectuosa por cuanto las normas penales introducidas por medio de ella en el Código Penal resultan vagas e imprecisas. Tal imprecisión exige del intérprete un notable esfuerzo intelectual, el cual ha sido encarado por reciente jurisprudencia que ha comenzado a colocar límites a los potenciales alcances arbitrarios que podrían derivarse de la simple literalidad de las normas penales. El delito de financiación del terrorismo pretende proteger, ante todo, el bien jurídico *orden y seguridad pública* y no el *orden económico y financiero*. El tipo penal de financiación del terrorismo es, en todas sus variantes, de peligro concreto, y el delito solo puede ser cometido con dolo directo de primero o segundo grado.

Palabras clave: terrorismo, política, grupos subversivos, líderes sociales, criminalización de la protesta.

ABSTRACT. Based on the serious attacks which took place at the end of the 20th century in Argentina, it appears that laws against terrorism are necessary. The existing international instruments, including soft law, were essential for bringing about the approval of a new Antiterrorist Law (# 26734) at the end of 2011. This law is defective in that the criminal norms it includes in the Criminal Code are vague and imprecise. This lack of precision requires a great intellectual effort on the part of its interpreters, and recent case law has started to limit the potentially arbitrary meanings that might be derived from the literal expressions of the criminal norms. The crime of terrorism financing seeks primarily to protect the *public order and security*, not the *economic and financial order*. The legal definition of the financing of terrorism, in all its variants, is a crime of concrete endangerment, and it can only be committed with direct intent in the first or the second degree.

Key words: terrorism, policy, subversive groups, social leaders, criminalization of protest.

ZUSAMMENFASSUNG. Angesichts der gegen Ende des 20. Jahrhunderts in der Republik Argentinien verübten schweren Anschläge ist eine Anti-Terror-Gesetzgebung sachdienlich. Internationale Instrumente einschließlich des unverbindlichen Rechts (soft law) haben bei der Verabschiedung des neuen Anti-Terror-Gesetzes (Nr. 26734) Ende 2011 eine entscheidende Rolle gespielt. Dieses Gesetz ist insofern fehlerhaft, als die in das Strafgesetzbuch neu eingefügten strafrechtlichen Bestimmungen unbestimmt und ungenau sind. Gerade diese Ungenauigkeit stellt erhebliche intellektuelle Herausforderungen für die Auslegung dar, derer sich die jüngste Rechtsprechung angenommen hat, indem sie möglichen willkürlichen Interpretationen des Geltungsbereichs, die sich aus dem Wortlaut der strafrechtlichen Vorschriften ergeben könnten, zunehmend Grenzen zieht. Mit dem Straftatbestand der Terrorismusfinanzierung soll in erster Linie das Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geschützt werden, nicht die wirtschaftliche und finanzielle Ordnung. Der Straftatbestand der Terrorismusfinanzierung stellt dabei in all seinen Ausprägungen ein konkretes Gefährungsdelikt dar, wobei die Straftat Vorsatz ersten oder zweiten Grades erfordert.

Schlagwörter: Terrorismus, Politik, subversive Gruppen, Anführer sozialer Bewegungen, Kriminalisierung des Protests.

1. Introducción

Desde hace casi tres años, rige en Argentina una Ley Antiterrorista (n.º 26.734) que despertó críticas de todas partes: de juristas, de políticos, de organizaciones de distinto tipo, de periodistas y del público en general. Un argumento al que se recurrió para cuestionar esta ley —y del que se sigue echando mano en los pocos textos de doctrina que se ocupan de este tema— es que Argentina no necesita una ley antiterrorista por el simple hecho de que en Argentina no hay terrorismo y que, en realidad, la sanción de esta ley obedeció a imposiciones de organismos internacionales (concretamente, el GAFI), circunstancia que, además, nos habría hecho perder cierta soberanía en materia de política criminal local.

A mí me llama la atención esta crítica, al menos la primera parte de ella, porque justamente en Argentina ocurrieron, hace veinte años, los dos atentados de terrorismo fundamentalista más importantes de la historia de Latinoamérica: con el primero se produjo la voladura de la Embajada de Israel; el segundo convirtió en polvo la mutual judía.

Con estos antecedentes, ¿cómo negar —si no es a través de un sospechoso mecanismo de olvido o de negacionismo— que Argentina efectivamente *tiene* un problema con el terrorismo? El país fue terreno fértil para que en menos de dos años se produjeran dos graves ataques terroristas y nada hace pensar que las cosas hayan variado mucho como para que eso no pueda volver a ocurrir. De hecho, cada tanto el Ministerio del Interior de la Nación emite alertas por posibles atentados terroristas contra objetivos judíos, que obliga a los edificios institucionales de la comunidad a reforzar sus medidas de seguridad. En realidad —y esto es una opinión completamente personal y casi intuitiva— pareciera que el país no volvió a ser centro de atentados terroristas más por decisión de los propios grupos terroristas que por políticas de seguridad aplicadas por la Argentina. Por otro lado, esto quizás sea siempre así, si no en todos, al menos en la mayoría de los países. La situación descrita indica que, frente a la constatación palpable del fenómeno, una legislación penal en materia de terrorismo *es* pertinente; la cuestión a discutir es *qué* legislación penal nos daremos frente a esa necesidad. Y justamente la legislación que se ha dado Argentina mediante la ley n.º 26.734 está muy lejos de ser la mejor.

En cuanto a la segunda parte de la crítica, esa que se refiere a las presiones que el GAFI ejerció sobre Argentina para que adecuara su legislación interna a las “recomendaciones”, ella es eminentemente una crítica política y, en efecto, se puede cuestionar cómo se conduce el GAFI, cómo amenaza el GAFI, cómo los gobiernos argentinos han respondido a las imposiciones y presiones del GAFI, los tiempos en que se produjeron esas respuestas de la política, sus formas y un largo etcétera.

Pero lo que, a mi entender, no debe hacerse (y mucho menos debe hacer el jurista), es confundir los dos planos de la cuestión: el plano jurídico (donde cuestionaremos las normas sancionadas, su técnica, sus vicios desde el punto de vista de la dogmática penal, etc.) y el plano político, donde cuestionaremos los aspectos recién señalados.

En este texto esbozaré críticas en los dos planos, pero no los confundiré, más allá de que las observaciones más importantes se desarrollarán en el plano jurídico, sobre todo porque este es un texto sobre derecho y no sobre política.

2. Síntesis de los antecedentes normativos nacionales e internacionales de importancia

Como recién indiqué, Argentina sufrió dos graves atentados terroristas: el 17 de marzo de 1992, contra la Embajada de Israel, y el 18 de julio de 1994, contra la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA). Entre ambos hubo 114 muertos y muchos heridos. En los procesos que se llevaron a cabo no se arribó a condenas. En el caso del segundo atentado, existen pedidos de captura internacional librados contra ciertas personas que aún no fueron sometidas a proceso y que se presume que pudieron haber tenido un importante rol en la ideación y preparación del atentado. Ninguno de los dos generó cambios inmediatos en la legislación penal; fueron investigados bajo la óptica de los tipos penales existentes en el Código Penal y, durante los primeros años, con las herramientas que proveía el Código Procesal Penal nacional.

Ya habían pasado más de cinco años del segundo atentado en Argentina cuando, el 9 de diciembre de 1999, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Los miembros de la ONU se manifestaban en ese documento “profundamente preocupados por el hecho de que se intensifican en todo el mundo los atentados terroristas en todas sus formas y manifestaciones” y observaban que “el número y la gravedad de los actos de terrorismo internacional dependen de la financiación que pueden obtener los terroristas”. En el Convenio se definieron los alcances de la financiación del terrorismo (artículo 2)¹ y se impuso a los Estados “tipificar como infracción penal” dicha conducta (artículo 4). Además, los Estados se obligaron a adoptar las medidas necesarias para la “detección y el aseguramiento o la incautación de todos los fondos utilizados o asignados para” la finan-

¹ Artículo 2 del Convenio:

“1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:

“a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado;

“b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

“3. Para que un acto constituya un delito enunciado en el párrafo 1, no será necesario que los fondos se hayan usado efectivamente para cometer un delito mencionado en los apartados a) o b) del párrafo 1”.

ciación de actos terroristas, así como adoptar las medidas necesarias para el decomiso de tales fondos (artículo 8). El Convenio también estableció la cooperación internacional de los Estados y fijó pautas de comportamiento de los sectores financieros nacionales de cara al delito de financiamiento del terrorismo, y los Estados se obligaron, entre otras cosas, a exigir a las entidades financieras la máxima atención frente a transacciones inusuales o sospechosas y su inmediato reporte a las autoridades, así como también la identificación de todos los clientes del mercado financiero (artículo 18).

Dos meses después del Convenio, el 23 de febrero de 2000, en Argentina se dictó la ley n.º 25.241, que por primera vez dio una definición legal —no tipificación penal— de *terrorismo*,² definición que luego fue sustituida por la ley n.º 26.268, del 13 de junio de 2007 (que sí tipificó expresamente la asociación ilícita terrorista y la financiación del terrorismo), y nuevamente cambiada más tarde por la ley n.º 26.734, del 22 de diciembre de 2011, de la mano de la cual se estableció una nueva herramienta penal para la investigación de este tipo de hechos, consistente en la posibilidad de reducir la pena a los imputados que colaboren “eficazmente” con aquella. Nada se dispuso en esta ley con respecto a la financiación de actos terroristas, sino solo indirectamente: en efecto, quienes brinden datos sobre los financiadores de actos terroristas también pueden favorecerse por esta norma, en la medida en que contribuyen a acreditar la intervención en los hechos de otras personas que podrían responder penalmente en virtud de las reglas de la participación criminal (precisamente, los financiadores de las operaciones terroristas podrían responder a título de partícipes necesarios de los actos terroristas ejecutados).

El 28 de setiembre de 2001, dos semanas después del atentado a las Torres Gemelas, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó la resolución 1373, que creó el Comité contra el Terrorismo e impulsó a los Estados³ el deber de tipificar como delito el financiamiento del terrorismo (con fórmulas que ampliaron los márgenes del Convenio de 1999)⁴ y de congelar los fondos relacionados con el terrorismo. En esta resolución

² El artículo 1 de la ley 25.241 establecía: “A los efectos de la presente ley, se consideran hechos de terrorismo las acciones delictivas cometidas por integrantes de asociaciones ilícitas u organizaciones constituidas con el fin de causar alarma o temor, y que se realicen empleando sustancias explosivas, inflamables, armas o en general elementos de elevado poder ofensivo, siempre que sean idóneos para poner en peligro la vida o integridad de un número indeterminado de personas”.

³ Esta resolución del Consejo de Seguridad fue adoptada conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

⁴ El artículo 1.b de la resolución es bastante similar a la definición del artículo 2.1 del Convenio de 1999, al establecer que los Estados deben tipificar “como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en su territorio con la intención de que dichos fondos se utilicen,

se impuso a los Estados la adopción de muchas medidas que ya estaban previstas en el Convenio de 1999, que sin embargo no había entrado aún en vigor pues no contaba con el mínimo de 22 ratificaciones (recién entró en vigor el 10 de abril de 2002).

El 5 de octubre de 2001 el presidente argentino, mediante el decreto n.º 1235/01, considerando “que los miembros de la ONU deben aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad, prestándole ayuda en las acciones que ejerza de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”, aprobó la resolución del Consejo de Seguridad y en el artículo 2.º del decreto dispuso que las autoridades locales debían adoptar “las medidas que fuere menester para dar cumplimiento a las decisiones contenidas en la Resolución” 1373 del Consejo. Naturalmente, esto no tuvo el significado —y tampoco podía tenerlo— de tipificar como delito la financiación del terrorismo. Cabe destacar, además, que el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999, seguía sin ser aprobado localmente (sería aprobado por el Parlamento argentino el 30 de marzo de 2005 mediante la ley 26.024).

También en el mes de octubre de 2001, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), del cual Argentina es miembro pleno (de Latinoamérica también lo son Brasil y México), aprobó sus ocho recomendaciones especiales, que se sumaron a las 40 que ya existían sobre prevención del lavado de dinero. Estas ocho recomendaciones especiales (a las que luego, en 2004, se sumaría una más) estaban dirigidas específicamente a la prevención de la financiación del terrorismo. Desde febrero de 2012 todas las recomendaciones (las 40 primeras y las nueve especiales) se han unificado en un documento de 40 recomendaciones, que incluye las relativas a la financiación del terrorismo

o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo”. Por su parte, el artículo 1.d de la resolución amplió el alcance del Convenio de 1999, al imponer a los Estados que “prohíban a sus nacionales o a toda persona y entidad que se encuentre en su territorio que pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole, directa o indirectamente, a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo o faciliten su comisión o participen en ella, de las entidades de propiedad o bajo el control directo o indirecto de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas o bajo sus órdenes”. Como se ve, mientras que en el artículo 1.b de la resolución se impone la tipificación de la financiación de *actos terroristas*, en el artículo 1.d se obliga a los Estados a prohibir la mera colocación de fondos al servicio de personas y/u organizaciones terroristas y de entidades vinculadas a ellas. Esta diferencia es destacada en el *Manual para la redacción de leyes de represión del financiamiento del terrorismo*, del Departamento Jurídico del Fondo Monetario Internacional (FMI), 2003, en el que se señala que: “el párrafo 1.b de la Resolución dispone la tipificación como delito del financiamiento de actos terroristas, utilizando una redacción muy similar a la del Convenio”, en tanto que el párrafo 1.d contempla “el suministro de respaldo financiero a terroristas y organizaciones terroristas”. El FMI concluye que “el párrafo 1.d está orientado a detener el flujo de fondos y servicios financieros hacia terroristas y organizaciones terroristas, tipificando como delitos esos actos” (pp. 45-46 del *Manual* citado).

(recomendaciones 5, 6, 8, 14, 16, 20, 32, 36 y 37). Entre estas se destaca la recomendación 5 (que amplía el contenido de la anterior recomendación especial II), que impone a los Estados tipificar el delito de financiación del terrorismo, con el siguiente alcance:

Los países deben tipificar el financiamiento del terrorismo en base al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, y deben tipificar no sólo el financiamiento de actos terroristas, sino también el financiamiento de organizaciones terroristas y terroristas individuales, aún en ausencia de un vínculo con un acto o actos terroristas específicos.

Las demás recomendaciones se refieren, entre otras cosas, al congelamiento de fondos, al reporte de operaciones sospechosas, al seguimiento de las organizaciones sin fines de lucro, a la asistencia legal mutua entre los países, etc.

Entretanto, el 3 de junio de 2002 la Organización de los Estados Americanos (OEA) adoptó la Convención Interamericana contra el Terrorismo (aprobada por el parlamento argentino recién el 30 de marzo de 2005 mediante la ley 26.023), en cuyo artículo 4 se dispusieron una serie de “medidas para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo”, que incluyeron compromisos de los Estados de establecer amplios regímenes de supervisión del sector financiero, propender a la detección y vigilancia de movimientos transfronterizos de dinero en efectivo, y crear una “unidad de inteligencia financiera que sirva como centro nacional para la recopilación, el análisis y la difusión de información relevante sobre lavado de dinero y financiación del terrorismo”. Esto último, según se declara en el mismo artículo 4, para facilitar la cooperación internacional entre los Estados y el intercambio de información relevante a los fines de combatir el terrorismo. Adicionalmente, se estableció el embargo, congelamiento y decomiso de los fondos vinculados al terrorismo.

Argentina seguía hasta aquí sin tipificar expresamente ni el delito de terrorismo ni el de financiamiento del terrorismo, y las directivas internacionales que surgían de la resolución n.º 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU (aprobada internamente por medio del decreto 1235/01) y de las recomendaciones del GAFI, eran únicamente cumplidas —como podían— por órganos administrativos, tales como el Banco Central de la República Argentina,⁵ órgano encargado de la supervisión del sistema bancario argentino.

⁵ Cf. José María Salinas y Gonzalo Vergara, “Prevención contra el terrorismo y la financiación del terrorismo”, en Francisco D’Albora (ed.), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión*, Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 336-337.

Recién en marzo de 2005 el parlamento argentino aprobó el Convenio de la ONU de 1999 y la Convención Interamericana de 2002, y todavía dos años más tarde, en junio de 2007, empujado el país por amenazas del GAFI de colocarlo en la *lista gris* de los países incumplidores de las recomendaciones de ese grupo internacional,⁶ se sancionó la ley n.º 26.268, que tipificó por primera vez la asociación ilícita terrorista y la financiación del terrorismo, y agregó al Código Penal los artículos 213 *ter* (asociación ilícita terrorista)⁷ y 213 *quater* (financiación de asociación ilícita terrorista). Este último tipo penal, que es el que aquí interesa, se incorporó con el siguiente texto:

Será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a QUINCE (15) años, salvo que correspondiere una pena mayor por aplicación de las reglas de los artículos 45 y 48, el que recolectare o proveere bienes o dinero, con conocimiento de que serán utilizados, en todo o en parte, para financiar a una asociación ilícita terrorista de las descriptas en el artículo 213 *ter*, o a un miembro de éstas para la comisión de cualquiera de los delitos que constituyen su objeto, independientemente de su acaecimiento”.

Cabe destacar que las advertencias del GAFI de colocar a la Argentina en la *lista gris*, al efectuar un *public statement* sobre el incumplimiento de sus recomendaciones, ha sido prácticamente una constante desde el mismo momento en que el país ingresó al grupo como miembro pleno en el año 2000. El seguimiento (o más bien la persecución) permanente del GAFI generó innumerables modificaciones normativas en la Argentina, a nivel legislativo pero también a nivel administrativo (normas dictadas por los órganos de regulación tales como la Administración Federal de Ingresos Públicos, la Superintendencia de Seguros de la Nación, la Comisión Nacional de Valores y el Banco Central de la República Argentina), fue aprovechado políticamente por ciertos sectores y colocado

⁶ Cf. *ibídem*, p. 358.

⁷ El artículo 213 *ter* tuvo el inconveniente de que dejó fuera de la tipificación los actos terroristas llevados a cabo por personas individualmente y por grupos de personas que no llegan a constituir una asociación ilícita en sentido estricto. El artículo 213 *ter* del Código Penal establecía:

“Se impondrá reclusión o prisión de CINCO (5) a VEINTE (20) años al que tomare parte de una asociación ilícita cuyo propósito sea, mediante la comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, siempre que ella reúna las siguientes características:

“a) Tener un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político;

“b) Estar organizada en redes operativas internacionales;

“c) Disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o la integridad de un número indeterminado de personas.

“Para los fundadores o jefes de la asociación el mínimo de la pena será de DIEZ (10) años de reclusión o prisión”.

en primera plana por medios de comunicación masiva, con mensajes alarmantes sobre el futuro negativo que al país le depararía una amonestación del GAFI, con la consecuente pérdida de credibilidad internacional y caída de las inversiones. Poco y nada se dijo, sin embargo —y esto permanece como un dato oculto debajo de la alfombra de las grandes corporaciones mediáticas—, acerca de que la Argentina finalmente ha cumplido con todos los (exigentes) estándares fijados por el GAFI y que, consecuencia de ello, a finales de junio de 2014 el Plenario del grupo, reunido en París, decidió terminar el proceso de seguimiento (*follow-up process*) en contra del país.⁸

Volviendo a la secuencia de la legislación, la ley n.º 26.268, que tipificó la asociación ilícita terrorista y la financiación del terrorismo, tampoco satisfizo, según el GAFI, los estándares de la Recomendación Especial II (aquella que imponía tipificar estas conductas),⁹ de modo que se hizo necesario volver a modificar la legislación en la materia. Esto tomó nuevamente algunos años, y otra vez al borde de la “sanción” del GAFI, acompañada de gran repercusión mediática y con poco debate legislativo, el 22 de diciembre de 2011 se sancionó la ley n.º 26.734, que derogó los tipos penales que se habían incorporado mediante la ley n.º 26.268 e introdujo los nuevos tipos penales de terrorismo (en forma de agravante respecto de cualquier delito previsto en el Código Penal) y de financiación del terrorismo. El mismo día que se sancionó esta ley se sancionó también otra, la n.º 26.733, que incorporó, también en gran medida a instancias del GAFI, los delitos contra el mercado financiero tales como la intermediación financiera no autorizada, el abuso de información privilegiada y el agiotaje financiero.

⁸ Las alarmas por la amenaza de caer en la *lista gris* del GAFI e incluso de perder la membresía del grupo se han reflejado también —libres de toda crítica— en los textos de muchos de los juristas que se han ocupado de este tema (cf. Salinas y Vergara, o. cit., pp. 357-358).

⁹ Recomendación especial II (hoy recomendación 5): “Los países deben tipificar el financiamiento del terrorismo en base al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, y deben tipificar no sólo el financiamiento de actos terroristas, sino también el financiamiento de organizaciones terroristas y terroristas individuales, aún en ausencia de un vínculo con un acto o actos terroristas específicos. Los países deben asegurar que tales delitos sean designados como delitos determinantes del lavado de activos”.

3. Los tipos penales de terrorismo y de financiación del terrorismo actualmente vigentes en Argentina

Hoy el terrorismo está tipificado en la Argentina como una agravante genérica de cualquier delito, en el artículo 41 *quinquies* del Código Penal.

Este artículo dice:

Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.

Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.

Dos palabras nomás sobre esta norma penal: la agravante por terrorismo se extiende no solo a las conductas de cierta violencia que pueden poner en peligro la vida y la salud de las personas (tal la definición de *acto terrorista* del Convenio de 1999), sino a cualquier comportamiento —por ejemplo, ilícitos económicos (¿terrorismo económico?)— que cumpla los requisitos generales (concretamente: que el acto ilícito tenga alguna de las finalidades específicas que contempla el tipo penal).

Por su parte, la financiación del terrorismo quedó tipificada en el artículo 306 del CP:

1. Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte:

- a) Para financiar la comisión de un delito con la finalidad establecida en el artículo 41 *quinquies*;
- b) Por una organización que cometa o intente cometer delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 *quinquies*;
- c) Por un individuo que cometa, intente cometer o participe de cualquier modo en la comisión de delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 *quinquies*.

2. Las penas establecidas se aplicarán independientemente del acaecimiento del delito al que se destinara el financiamiento y, si éste se cometiere, aún si los bienes o el dinero no fueran utilizados para su comisión.

3. Si la escala penal prevista para el delito que se financia o pretende financiar fuera menor que la establecida en este artículo, se aplicará al caso la escala penal del delito que se trate.

4. Las disposiciones de este artículo regirán aun cuando el ilícito penal que se pretende financiar tuviere lugar fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, o cuando en el caso del inciso b) y c) la organización o el individuo se encontraren fuera del territorio nacional, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento.

4. Bien jurídico protegido

Creo que hay cierto tipo de hipocresía en la discusión relativa al bien jurídico protegido por el delito de financiación del terrorismo. La doctrina en general declara, salvo contadas excepciones, que con esta figura penal se protege al sistema financiero y al orden económico en general. De hecho, el legislador argentino colocó este delito en el título XIII del Código Penal, de los “Delitos contra el orden económico y financiero”, de modo que el financiamiento del terrorismo vendría a engrosar la lista de los denominados “delitos económicos”. Sin embargo, me parece que en este punto reina una confusión conceptual. Puede ser que sea cierto —y así lo informan los que se han ocupado de este tema y ciertos documentos de organismos internacionales (e incluso lo explicita el GAFI en su Recomendación 5)— que el financiamiento del terrorismo es *determinante*, en ciertos casos, del lavado de dinero, en tanto aquel se realiza tanto con fondos lícitos como con fondos ilícitos, que en algunos casos han adquirido —a partir de maniobras de lavado— apariencia de licitud. Es decir que el terrorismo se podría financiar con fondos de cualquier clase: lícitos, ilícitos e ilícitos pero lavados.¹⁰ Esta última posibilidad (el financiamiento con fondos ilícitos lavados) permite sostener que tiene cierta verosimilitud aquello de que el lavado de dinero puede ser funcional al financiamiento del

¹⁰ En su *Manual* citado, el FMI destaca lo siguiente: “[...] los dos delitos [lavado de dinero y financiación del terrorismo] son claramente diferentes. Concretamente, en el caso del financiamiento del terrorismo, los fondos no tienen por qué provenir de actos ilícitos, ni tienen por qué haber sido objeto de blanqueo. Pueden haber sido adquiridos y depositados legalmente en instituciones financieras. No es su origen delictivo lo que los ‘mancha’, sino el uso que se les da o se procura dar: financiar actos de terrorismo o dar respaldo a terroristas o a organizaciones terroristas. Por lo tanto, basarse exclusivamente en el delito de lavado de dinero para tipificar como delito el financiamiento del terrorismo suscitaría un considerable vacío en la legislación, ya que los delitos de financiamiento del terrorismo se configurarían en caso de que los fondos destinados a financiar un acto terrorista fueran de origen ilícito, pero podrían impedir el enjuiciamiento de los actos de terrorismo realizados con fondos obtenidos legalmente” (p. 52). En sentido similar se afirma: “Compartimos con la doctrina en general que existe una diferencia conceptual entre el lavado de activos y la financiación del terrorismo, toda vez que el origen de fondos para esta última puede ser de fuente legal o ilegal, siendo que el objetivo o finalidad futura es claramente una actividad ilegal” (Salinas y Vergara, o. cit., p. 328).

terrorismo (o que este último es “determinante” del primero, como dice el GAFI), pero no significa que este último afecte al mismo bien jurídico que afecta el lavado. Son dos cosas bien distintas y separables: el lavado de dinero puede afectar al orden económico y financiero; el financiamiento del terrorismo no; al menos no es ese bien jurídico el primero y principal objeto de tutela de las normas penales que castigan este comportamiento. Si no, deberíamos aceptar que el cohecho activo que es realizado con fondos ilícitos lavados también afecta al orden económico y no solamente a la correcta administración (ej.: el pago de un soborno a un funcionario a través de una “asistencia financiera” que se realiza —con fondos lavados— a una institución que está vinculada de manera oculta con el sobornado). Veamos un poco más.

Hoy no se discute la existencia de un derecho penal económico, en el cual se nuclean delitos que tutelan un bien jurídico no individual, sino uno colectivo o supraindividual general,¹¹ reconocido en el “orden económico”, el “orden público económico”,¹² el “orden económico nacional”,¹³ el “orden económico existente”,¹⁴ el “programa de desenvolvimiento económico”,¹⁵ las “condiciones esenciales de funcionamiento del sistema económico respectivo”,¹⁶ y formulaciones parecidas. Ese “orden económico” es entendido, a veces, como la regulación jurídica de la intervención estatal en la economía (concepto *estricto* o *restringido* de orden económico, en el que caben delitos como el fraude fiscal, el contrabando, el delito cambiario, etc.)¹⁷ y otras veces es definido como

¹¹ Cf. Klaus Tiedemann, *Derecho penal económico*, Lima: Grijley, 2009, p. 73.

¹² Cf. Enrique R. Aftalión, “El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico”, *La Ley*, Buenos Aires, 1966, pp. 797 y ss.; ídem, “Acerca del derecho penal bancario y financiero”, *La Ley*, Buenos Aires, 1979-B, pp. 820 ss.

¹³ Cf. Roberto Bergalli, “Las líneas de política criminal y los métodos y medios del derecho penal económico en la República Argentina”, *Nuevo Pensamiento Penal*, año 2, n.º 2, Buenos Aires, 1973, p. 194.

¹⁴ Cf. Esteban Righi, *Los delitos económicos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 97, quien se apoya en la conceptualización efectuada por Eberhard Schmidt y en la noción contenida en la Ley de la República Federal de Alemania para la Simplificación del Derecho Penal Económico en el Campo de la Economía, de 1949. Véase también Klaus Tiedemann, “Presente y futuro del derecho penal económico”, en Gonzalo Rodríguez Mourullo, Miguel Bajo Fernández y Agustín Jorge Barreiro (dirs.), *Hacia un derecho penal económico europeo*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 32).

¹⁵ Cf. Federico De Lacerda Da Costa Pinto, “Crimes económicos e mercados financieros. Abuso de informação do mercado no Código dos Valores Mobiliários português de 1999”, en Luis M. Reyna Alfaro (coord.), *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Lima: ARA, 2005, pp. 739-740.

¹⁶ Cf. Wilfried Bottke, “Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas”, en Gonzalo Rodríguez Mourullo, Miguel Bajo Fernández y Agustín Jorge Barreiro (dirs.), *Hacia un derecho penal económico europeo*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 640.

¹⁷ Cf. Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, tomo 1, *Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanc, 1998, pp. 72-73, considera que son también delitos económicos en sentido estricto, en tanto afectan la regulación jurídica de la intervención del Estado en la economía, los delitos previstos en el Código Penal español en los artículos 301 ss.

la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios (concepción *amplia*, que permite incluir entre los delitos económicos figuras tales como el cohecho privado).¹⁸

Es difícil entender por qué motivo el financiamiento del terrorismo (aun a gran escala) podría afectar el orden económico o financiero. Diverso a ello, la observación más natural e intuitiva del fenómeno lleva a pensar que el objeto de tutela es, en realidad, otro bien jurídico colectivo o supraindividual:¹⁹ la seguridad de la población frente a ataques graves. De allí que, como se ha sostenido, este delito debería estar incluido entre los “Delitos contra el orden público” del título VIII del Código Penal (donde, por cierto, estaba incluido antes el delito de financiamiento de una asociación ilícita terrorista: artículo 213 *quater* CP). Quien castiga la financiación del terrorismo está, de algún modo, intentando limitar las posibilidades de ataques terroristas y sus consecuencias atemorizantes e intimidatorias sobre la población y sobre los gobiernos democráticamente constituidos. No es verdad que se esté intentando proteger a la economía o al libre mercado

(blanqueo de capitales), 284 y 285 (delitos contra la libertad de competencia o libre mercado, que se reducen en dicha legislación al delito de maquinaciones para la alteración de precios y al delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores).

¹⁸ Cf. Righi, o. cit., pp. 99-103. Sobre esta clasificación de orden económico en sentido amplio y en sentido restringido, véase también Martínez-Buján Pérez, o. cit., pp. 32 ss.; también Francisco Muñoz Conde, “Delincuencia económica, estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en Gonzalo Rodríguez Mourullo, Miguel Bajo Fernández y Agustín Jorge Barreiro (dirs.), *Hacia un derecho penal económico europeo*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 266-269, quien indica como ejemplos paradigmáticos de la protección del orden económico en sentido *estricto* (entendido este como el que regula “la intervención directa del Estado en la relación económica”) los delitos fiscales, los monetarios y aduaneros y los que afectan la determinación y formación de los precios en el mercado. Cf. también Bernardo Feijoo Sánchez, *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Buenos Aires-Montevideo: B. de F., 2009, p. 207. Para Righi el concepto “amplio” de orden económico coloca en primer lugar, como objeto de protección, intereses patrimoniales concretos, de titularidad tanto del Estado como de los particulares, y los intereses supraindividuales o colectivos en segundo término. Martínez-Buján Pérez explica el efecto del concepto “amplio” de otra manera: para él, en función de este concepto, con los delitos económicos lo que se salvaguarda en primer lugar es la actividad económica en el marco de la economía de mercado y ya no el intervencionismo estatal; en virtud de ello, el orden económico pasaría a ser un bien jurídico mediato o de segundo orden de cada una de las figuras delictivas concretas, detrás de los bienes jurídicos que en cada caso resulten *inmediatamente* protegidos (o. cit., t. 1, p. 35).

¹⁹ Hefendehl ha elaborado un test basado en tres criterios para el reconocimiento de un bien jurídico colectivo o supraindividual: a) su *no distributividad*, en función del cual un bien jurídico es colectivo y no individual siempre que sea imposible dividirlo en partes y adjudicarlas a los individuos como porciones; b) su *no exclusividad* en el uso o aprovechamiento, en función del cual para que sea bien colectivo nadie podría ser excluido de su uso o goce, y c) su *no rivalidad* en el consumo, en virtud del cual el aprovechamiento que realice un individuo de un bien jurídico colectivo no podría impedir ni perjudicar el aprovechamiento del mismo bien por otra persona (Cf. Roland Hefendehl, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en *idem* [ed.], *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 188-190).

cuando se decide prohibir la financiación de organizaciones o individuos terroristas. La jurisprudencia argentina²⁰ ha dicho que sin perjuicio de su ubicación sistemática en el Código Penal (entre los delitos económicos), el delito de financiamiento del terrorismo “continúa siendo un delito contra el orden público”.²¹

En cuanto a la justificación, en un Estado constitucional de derecho, de un tipo penal como el que aquí analizamos, que protege contra ataques a un bien jurídico colectivo o supraindividual (el orden y la seguridad pública) y no contra ataques a intereses individuales, pueden suscribirse las tesis de Roxin y Hassemer, que sostienen que el fundamento de los bienes jurídicos colectivos —que los hace compatibles con una concepción liberal del Estado— radica en el hecho de que, en última instancia, sirven al desarrollo del individuo, es decir que pueden reconducirse a intereses individuales de las personas, en la medida en que son medios para la satisfacción de estos. En palabras de Roxin, el concepto de bien jurídico “no puede limitarse a bienes jurídicos individuales, sino que incluye bienes jurídicos de la comunidad. Estos, sin embargo, solo son legítimos cuando en última instancia sirven al ciudadano individual. Este es con seguridad el caso de los tradicionales bienes jurídicos universales, que son comúnmente aceptados”.²²

5. Cuestiones generales: ¿peligro abstracto o peligro concreto?

Tal como sostienen la doctrina y jurisprudencia argentina, el tipo penal de financiación del terrorismo constituye una tipificación autónoma de una forma de participación

²⁰ Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, reg. 37.302, del 26.2.2014.

²¹ Por eso sorprende, por ejemplo, que en la página web institucional del FMI aparezca en primera plana, resaltada, esta afirmación de su subdirector general: “El lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo son delitos financieros que tienen consecuencias económicas. Pueden amenazar la estabilidad del sector financiero de un país o su estabilidad externa en general. Los regímenes eficaces de lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo son esenciales para salvaguardar la integridad de los mercados y del marco financiero mundial, ya que ayudan a mitigar factores que propician abusos financieros. Las medidas para evitar y combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, por lo tanto, responden no solo a una imperativa moral sino a una necesidad económica” (cf. <<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/aml.htm>>).

²² Cf. Claus Roxin, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en ídem, *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 125; en sentido similar ver Winfried Hassemer, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 95 ss.; también Martínez Buján-Pérez, o. cit., t. 2, *Parte especial*, p. 93. Para una fundamentación autónoma de la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos, véase Hefendehl, o. cit.

criminal;²³ esto es así porque, naturalmente, quien provee los fondos necesarios para la preparación y comisión de un delito —cualquiera que sea— responderá casi siempre como partícipe (primario o secundario, según el caso).

Lo que separa y diferencia a esta figura penal de una simple participación criminal es, sobre todo, lo que se estipula en el inciso 2 del artículo 306 del CP, que establece una regla doble: que la conducta es típica “independientemente del acaecimiento del delito al que se destinara el financiamiento” y que “si éste se cometiere, aún si los bienes o el dinero no fueran utilizados para su comisión”. La primera parte de la regla quiebra los criterios generales de la participación criminal, concretamente el principio de *accesoriedad*, en función del cual si no hay comienzo de ejecución de la conducta principal (tentativa) no puede haber participación.²⁴ No se exige que se haya comenzado el acto terrorista, de modo que la aislación de esta especial forma de participación criminal representa un adelantamiento del castigo que tiene lugar por el solo hecho de haber intentado participar en un delito que finalmente no entró en la fase de ejecución (situación que por regla general quedaría impune). Estamos ante la tipificación de una situación generadora de un riesgo que se reputa jurídico-penalmente relevante.

En la segunda parte de la regla del inciso 2 se establece que para la punición de la financiación tampoco se exige que los fondos entregados hayan sido utilizados en el acto terrorista, si es que este tuvo lugar. Esto también se aparta de criterios elaborados por la teoría de la imputación objetiva. En efecto, aun cuando el resultado disvalioso (el acto terrorista) finalmente no tenga relación con el riesgo jurídicamente relevante introducido por el financista (la provisión de fondos para la comisión de un ataque terrorista), este responde igualmente. Basta que se encuentre cumplido, además, el tipo subjetivo,

²³ Cf. Gustavo Trovato y Guillermo Orce, “Comentario al artículo 306 del Código Penal”, en David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires: Hammurabi, 2013, pp. 614-616 y 619; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, reg. 37.302, del 26.2.2014, que señaló que con el tipo penal del artículo 306 del CP “el legislador aisló una conducta típica de una forma de participación para hacerla punible aún cuando no haya habido un principio de ejecución del hecho principal del autor”.

²⁴ Se trata de la *accesoriedad cuantitativa* de la participación respecto del hecho principal, sobre lo cual existe amplio consenso en la doctrina (ver, por todos, Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2002, pp. 791 ss.; también Günther Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. de Cancio Meliá), Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 80; ídem, “Accesoriedad sobre los presupuestos de la organización en común”, en Günther Jakobs, *Moderna dogmática penal*, México D. F.: Porrúa, 2002, pp. 749-750).

con su componente doloso específico.²⁵ Nuevamente, esto atenta contra los criterios generales de imputación objetiva²⁶ y pone en evidencia, una vez más, el adelantamiento del castigo que proponen estos tipos penales.

Es cierto que los criterios de imputación tienen relevancia cuando tratamos con delitos de resultado (ya sea de lesión o, al menos, de creación de un peligro concreto) y no cuando estamos frente a delitos de peligro abstracto, en los cuales no tienen mucho sentido las reglas de imputación objetiva, pues el tipo se cumple con la mera realización de la conducta (creación del riesgo) que prohíbe la norma penal. Al no haber un *resultado* propiamente dicho en esta clase de delitos (no solo lesivo, sino siquiera entendido como creación de un peligro real o concreto para un bien jurídico),²⁷ elemento crucial en toda la construcción de la *teoría de la imputación objetiva*, esta ya no encuentra terreno fértil en estos delitos.²⁸ No hay relación de causalidad ni relación de riesgo posible, en la medida en que no existe un resultado que pueda ser explicado a partir de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.²⁹

Hay que ver, entonces, qué clase de tipos penales son los contemplados en el artículo 306 del CP. En este sentido, deberíamos preguntarnos, en primer lugar, si ellos son

²⁵ Esta decisión legislativa ha sido recibida favorablemente por un sector de la doctrina. Así, se ha dicho: “[...] es importante perseguir el financiamiento del terrorismo con independencia de la efectiva realización del acto terrorista, pues, siempre que la finalidad de la asistencia financiera se encuentre debidamente acreditada, ese elemento subjetivo específico ya convierte la actividad en típica y contraria a derecho” (cf. Salinas y Vergara, o. cit., p. 328).

²⁶ Roxin señala expresamente como causa que excluye la atribución del hecho al autor cuando no se produce la realización del riesgo introducido por aquel: “La imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor”. Por eso está excluida la imputación cuando, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado que se produce no es un efecto de plasmación de ese peligro (cf. Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Civitas, 1997, p. 373).

²⁷ Cf. Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general* (trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 205-206.

²⁸ De hecho, incluso quienes han aplicado específicamente las herramientas de la teoría de la imputación objetiva a los delitos económicos dejan de lado a los que están configurados como delitos de peligro abstracto, que en el caso de Argentina son la gran mayoría (ver, en este sentido, Feijoo Sánchez, o. cit., p. 246).

²⁹ En palabras de Jakobs: “En los delitos de resultado debe producirse, además, un resultado condicionado por la ejecución de la acción. Sólo en estos delitos de resultado se plantea el problema causal del Derecho penal. El resultado, en el sentido estricto de los delitos de resultado, lo designa la ley en la mayoría de los casos como alteración completa en un objeto de actuación [...] importando, sólo en los delitos de lesión, pero no necesariamente en todos los delitos, el dañar a un objeto de ataque” (cf. Jakobs, *Derecho penal*, o. cit., p. 205). Con palabras similares se expresa Roxin: “La imputación al tipo objetivo sólo es un problema de la Parte General cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor. En los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada o el falso testimonio, la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la Parte Especial” (cf. Roxin, *Derecho penal*, o. cit., p. 345).

delitos de peligro abstracto, en cuyo caso cabrían todas las críticas que, en general, se hacen contra los delitos de esta clase,³⁰ es decir, contra los tipos penales que castigan una conducta sin que se exija siquiera la puesta en peligro concreto o real del bien jurídico que se pretende salvaguardar,³¹ que en nuestro caso es el orden y la seguridad pública.³²

Pienso, sin embargo, que el inciso 1.a del artículo 306 del CP no es un delito de peligro abstracto, sino de peligro concreto (y por lo tanto también lo son las tipificaciones esbozadas en el artículo 2.1 del Convenio de 1999 y en el artículo 1.b de la resolución del Consejo de Seguridad). En efecto, al hacer referencia la norma, en la descripción del tipo objetivo, a un *acto terrorista*, está dando a entender que los fondos debieron haber sido recolectados para o puestos a disposición del individuo o grupo terrorista para la comisión del acto. Es decir que tuvo que haber existido al menos una posibilidad real y material de que esos fondos fueran empleados para la realización del acto terrorista, definido previamente, siquiera de manera aproximativa, en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. Es allí donde radica el peligro concreto para los bienes jurídicos tutelados (el orden y la seguridad pública). No interesará, luego, si los fondos no se utilizaron para el acto llevado a cabo o si finalmente el acto terrorista no se cometió, por la razón que fuera. Lo importante es que haya existido la posibilidad de que hubieran sido utilizados con esos fines. Esta solución, por lo demás, resulta la más compatible con un modelo de derecho penal liberal, pues conserva mínimamente las ligaduras con el derecho penal de acto y, sobre todo, con el concepto material de delito, la teoría del bien jurídico y el principio de lesividad. En cuanto a los incisos 1.b y 1.c, la respuesta requiere un análisis más profundo y detenido, que realizaré a continuación.

³⁰ Sobre el delito de peligro abstracto y sus problemáticas, véase, por todos, la tesis doctoral de Alejandro Kiss, *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, pp. 39 ss., y también el dictamen sobre dicha tesis elaborado por Eberhard Struensee, en el mismo libro, pp. 16-17.

³¹ Cf. Roxin, *Derecho penal*, o. cit., pp. 404 ss. El delito de peligro abstracto es generalmente definido de manera negativa, como una “forma de regulación penal en la que no se incluye entre los elementos típicos ni una lesión ni un peligro concreto”; los delitos de peligro concreto, por su parte, son aquellos “que se caracterizan por la descripción, en el tipo penal, de un resultado de peligro que debe seguirse como consecuencia causal de la acción” (cf. Kiss, o. cit., p. 35 —con citas de Horn y Frisch— y 116, respectivamente).

³² Desde otro punto de vista, estos delitos podrían considerarse de resultado si por tal considerásemos a la mera manifestación o exteriorización de la conducta descrita en el tipo penal respectivo (en este sentido, cf. Jakobs, *Derecho penal*, o. cit., p. 209; del mismo autor, *El concepto jurídico penal de acción*, o. cit., pp. 36-39).

6. Análisis dogmático de los tipos penales

El *inciso 1.a* cumple con las exigencias del Convenio de 1999 (artículo 2.1) y de la resolución n.º 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU (artículo 1.b). En efecto, se prohíbe la recolección o provisión de bienes o dinero, con la intención o el conocimiento de que serán utilizados, total o parcialmente, para financiar la comisión de un acto terrorista.

Como señalé recién, esta descripción típica requiere que los fondos sean recolectados o entregados para la realización de un *acto concreto* de terrorismo. No se trata de la mera asistencia económica al terrorista, sino de la facilitación de fondos para la realización de un acto definido de antemano —siquiera provisoriamente— en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar.

En cambio, los *incisos 1.b* y *1.c* del artículo 306 del CP, que siguen la directriz del artículo 1.d de la resolución n.º 1373 del Consejo de Seguridad (ver *supra*, nota 4) y las recomendaciones del GAFI, castigan la mera recolección o entrega de bienes o dinero a terroristas individuales u organizaciones terroristas, sin referencia a acto terrorista alguno. Tan anticipada es esta reacción penal y tan abierta la descripción típica que, en principio, podríamos aplicar pena a quien diera comida o vestimentas (en tanto son *bienes*) a integrantes de una célula terrorista, o a quien les prestara alojamiento (provisión de un bien inmueble).³³ El tipo penal, en su literalidad, solo requiere la asistencia al individuo o grupo terrorista y no que, además, la asistencia se efectúe para facilitar la comisión de un acto de terrorismo. Esta situación no estaba planteada en el Convenio de 1999. Cabe

³³ Es interesante lo que plantea la UNODC en su documento *Prevención de los actos terroristas: estrategia de justicia penal que incorpora las normas del estado de derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo* (Nueva York, 2006, pp. 11-12), cuando explica que las referencias que hacen el Convenio de 1999 y la resolución n.º 1373 del Consejo de Seguridad, a la provisión o recaudación de fondos “con intención de” o “con conocimiento de” (o “a sabiendas de”), “plantean el interrogante de la manera en que una persona podría saber que los fondos han de utilizarse con fines terroristas cuando su intención no es darles ese uso. En realidad, las organizaciones terroristas posiblemente sean organizaciones que persiguen fines dobles y recaudan dinero no sólo con propósitos humanitarios o políticos legítimos, sino también para financiar actividades terroristas. En caso de enjuiciamiento, la persona que provea o recaude los fondos puede alegar que su intención individual ha sido prestar apoyo a centros médicos o a la educación política”. Esta observación que hace el documento de la ONU quedaría, en principio, sorteada en la norma penal argentina, la cual, como señalé, tipifica la mera asistencia financiera al terrorista individual o a la organización terrorista, con independencia del destino que se dé a los fondos que se proveen. Basta que se trate de personas u organizaciones que “cometan” o “intenten cometer” actos de terrorismo y que el autor del financiamiento conozca esta circunstancia (hasta allí llega nomás el dolo directo).

señalar que tanto el alojamiento (o refugio) como, incluso, la capacitación y el asesoramiento a terroristas, están contempladas como formas típicas de *apoyo* al terrorismo en la legislación penal norteamericana, si bien se exige también —a diferencia de lo que expresamente se establece en la legislación penal argentina— un elemento adicional, que es que el asistente conozca o tenga la intención de que su apoyo (material o inmaterial) será aprovechado para la “preparación o comisión de actos de terrorismo”.³⁴ En Italia también se castiga penalmente este tipo de asistencia a agrupaciones terroristas.³⁵

Podríamos pensar que los incisos 1.b y 1.c convierten en superabundante la tipificación del inciso 1.a, pues si alcanza para el castigo el simple hecho de proveer o recolectar fondos para los terroristas, es indistinto que esa provisión o recolección se haga para la comisión de un *acto concreto* de terrorismo (inciso 1.a) o para comprar comida. En efecto, en el caso de los incisos *b* y *c* los fondos se entregan, justamente, a quienes cometen los hechos tipificados en el inciso *a* (una verdad de Perogrullo es que los actos terroristas son cometidos por terroristas), de modo que si se castiga *cualquier* asistencia (con dinero o bienes) a los terroristas, no haría falta tipificar un caso especial en el cual, además, la entrega se hace para financiar un acto concreto.

La mera asistencia a la organización terrorista se ha tipificado en la legislación argentina, pues, como se indicó más arriba, la resolución n.º 1373 del Consejo de Seguridad y las recomendaciones del GAFI, que Argentina ha seguido en este aspecto, pretendieron cortar todos los circuitos de flujos de fondos a los terroristas, con independencia de los actos realizados e incluso con prescindencia del propósito del financista cuando le provee a una organización o a un terrorista. Basta que este sepa que los fondos aportados por él serán utilizados —más aún, basta con que él quiera eso— por un individuo o una organización terrorista. El adelantamiento del castigo en estos supuestos es también incuestionable.³⁶

³⁴ Cf. US Code, Title 18, Section 2339A – *Providing material support to terrorists* –. Esta norma norteamericana castiga con hasta 15 años de prisión el “apoyo material a terroristas”. Lo que se castiga es proporcionar “apoyo material o recursos”, así como también encubrirlos o disimularlos, con la intención de que se utilicen, o con el conocimiento de que se utilizarán, en la preparación o comisión de actos de terrorismo. El apartado *b* de la norma (“Definiciones”) indica que por “apoyo material o recursos” debe entenderse cualquier bien, tangible o intangible, o servicio, incluyendo dinero o instrumentos monetarios, valores negociables, servicios financieros, alojamiento, entrenamiento, asesoramiento o asistencia de expertos, pisos francos, documentación o identificación falsas, equipos de comunicación, facilidades, armas, sustancias letales, explosivos, personal y transporte, excepto medicinas y materiales religiosos.

³⁵ Véase el artículo 270 *bis, ter, quinquies* y *sexies*, del CP italiano.

³⁶ La jurisprudencia argentina ha considerado “justificado el adelantamiento de la barrera punitiva” en el caso del delito de financiación del terrorismo, en atención a que la normativa internacional así lo impone y a la “función

Ahora bien, la interpretación de estos incisos 1.*b* y 1.*c* plantea serios interrogantes. El primero de ellos, y seguramente más relevante, podríamos formularlo de la siguiente manera: ¿puede castigarse el mero hecho de asistir financieramente a una persona u organización, sin que además se exija que esa asistencia esté vinculada de algún modo con un acto de terrorismo? Esta pregunta se conecta con una serie de interrogantes que vienen después, y que surgen a partir de la confusa redacción de estos incisos, que exigen que el sujeto financiado sea uno que “cometa o intente cometer” actos terroristas. ¿A qué situación se refiere esta última expresión? ¿A que lo haga habitualmente, caso en el cual deberíamos contar con antecedentes fidedignos de esa conducta? ¿Se refiere a que la persona u organización estén en algún listado o documento en el que consten los nombres de los terroristas? Si fuera esto último, ¿se requiere de ulteriores comprobaciones para una condena, o basta con el listado, cualquiera que sea? ¿Será que se exige que, concretamente, la persona u organización asistida cometa o al menos intente cometer un acto terrorista, cualquiera sea, luego de la financiación? ¿O se refiere a un mero propósito de la persona u organización que reciben la asistencia? El giro idiomático empleado por estos tipos penales (incisos b y c) y por el artículo 1.*d* de la resolución n.º 1373 del Consejo de Seguridad, es realmente problemático, cuando se establece que se debe tratar de una organización o un individuo “que cometa o intente cometer” delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 *quinquies* del CP (vale decir, actos de terrorismo).

Empecemos por la primera pregunta: ¿el simple hecho de recolectar o proveer fondos a una organización terrorista o a un terrorista individual, constituye el delito previsto en el artículo 306, incisos 1.*b* y 1.*c*, del CP, o se requiere de algo más?

La jurisprudencia argentina en la materia —la poca que existe— resulta útil para contestar este primer interrogante. El caso que, con distintas aristas, trató en más de una ocasión la justicia federal argentina es el siguiente: allegados a terroristas de Estado de la última dictadura militar les brindaron a estos asistencia financiera durante los últimos años, mientras se encontraban prófugos con órdenes de captura libradas en su contra. En estos precedentes, la Cámara Federal de Buenos Aires resolvió que esas conductas de asistencia financiera no se pueden subsumir en el delito del artículo 306 del CP, “por cuanto está ausente por completo, aún en el planteo de la hipótesis, la

preventiva de hechos de extrema gravedad” que se asigna a tal tipificación (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, “Palermo Ada y otros s/conexidad parcial y revocación parcial de congelamiento administrativo”, reg. 37.051, del 16.12.13).

posibilidad de aplicación *actual* o *futura* de los fondos a un delito *de las características exigidas por la norma*.³⁷

Rápidamente digo que esta afirmación de la Cámara Federal convalida la interpretación expuesta más arriba de que el inciso 1.a es un tipo penal de peligro concreto. Veamos ahora, con algo más de detenimiento, cómo debemos leer esta misma afirmación de la Cámara Federal de cara a lo establecido en los incisos 1.b y 1.c.

La jurisprudencia indica que aun en estos casos debe haber una posibilidad de aplicación, actual o futura, de los fondos provistos a actos de terrorismo. Pareciera, entonces, que se hace referencia a la necesaria existencia de un *riesgo concreto* de que la asistencia financiera sea empleada en la preparación o comisión de un acto de terrorismo. Esto es compatible con un modelo de derecho penal liberal. Caso contrario, resultaría punible incluso el desvarío de un pobre diablo que entrega dinero a otra persona pensando —e incluso deseando con todo su corazón— que va a cometer un acto de terrorismo, cuando en realidad eso no está para nada en los planes de la persona que recibe los fondos (en otras palabras, en este ejemplo la conducta sería punible si no exigiéramos la existencia de un riesgo concreto y si nos conformásemos con la mera configuración del elemento subjetivo especial que describe la norma). Contra la atipicidad de una situación como la descrita, ni siquiera podría invocarse válidamente la *teoría de la acumulación*,³⁸ porque por más que la mitad de los habitantes del país financie a la otra mitad con el firme deseo de que cometa un acto de terrorismo, si no está en los planes de ningún receptor realizar un acto semejante, no hay chances de que el bien jurídico colectivo o supraindividual (el orden y la seguridad pública) se conmuevan en lo más mínimo.

Así, quien financia a terroristas de Estado prófugos muy probablemente no lo haga (a menos que exista prueba que muestre lo contrario) con la intención de que el asistido financieramente vaya a cometer o intentar un acto de terrorismo (más bien pareciera que todo lo que se quiere es esconderlo de la acción de la justicia). Además, aun cuando lo hubiera hecho con esa intención (supongamos como finalidad secundaria o residual),

³⁷ Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, "Palermo Ada y otros s/conexidad parcial y revocación parcial de congelamiento administrativo", reg. 37.051, del 16.12.13 (el destacado es original). En igual sentido, mismo tribunal, causa "UIF s/nulidad de los congelamientos administrativos de bienes y activos", reg. 37.302, del 26.02.14

³⁸ Acerca de la *técnica de la acumulación* (de conductas posibles) para fundamentar la legitimidad de los tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, cf. Hefendehl, o. cit., pp. 195-196; también Jakobs, *Derecho penal*, o. cit., p. 211; Bottke, o. cit., pp. 645-646. En contra, Urs Kindhäuser, "Cuestiones fundamentales del derecho penal económico", *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, 24.10.2012, p. 372.

habría que ver si existió realmente un *peligro concreto* de que el sujeto prófugo fuera a llevar a cabo con esos fondos un acto de terrorismo. Descartado lo primero —el elemento subjetivo específico— no tiene sentido hacerse la segunda pregunta, si bien es cierto que un análisis dogmático estricto nos obliga a responder primero esta última, pues hace al tipo objetivo (de hecho, es la pregunta que responden los fallos argentinos para descartar directamente la tipicidad, cuando señalan que “está ausente por completo la posibilidad de aplicación *actual* o *futura* de los fondos a un delito *de las características exigidas por la norma*”).³⁹

A partir de esta configuración del tipo objetivo, podemos trazar una distinción en el plano subjetivo, entre los incisos 1.*b* y 1.*c* del artículo 306 CP por un lado, y el inciso 1.*a* por el otro. Podríamos decir que la conducta típica que receptan los incisos 1.*b* y 1.*c* del artículo 306 del CP es aquella en la cual el autor de la asistencia financiera tiene la intención o el conocimiento de que los fondos provistos serán utilizados por un individuo o una organización que cometerá (o intentará cometer) un acto terrorista, pero sin saber cuál es ese acto que, en concreto, ejecutará la persona o la organización. La diferencia, entonces, apenas perceptible entre el inciso 1.*a* y los incisos 1.*b* y 1.*c* radicaría en que, en el caso del primero, el autor del financiamiento conoce cuál es el acto terrorista concreto que financiará o que, al menos, intentará financiar; en tanto que en los otros dos supuestos el financista pretende o sabe que la organización o el sujeto individual habrán de cometer un acto terrorista —o al menos tienen ese propósito; ya veremos más adelante qué significa esto—, pero no conoce cuál.

Lo expuesto se refuerza con lo que el propio inciso 2 del artículo 306 del CP dispone. Recordemos que allí se estableció que la financiación es punible “independientemente del acaecimiento del *delito al que se destinara* el financiamiento”, con lo cual está indicando que la financiación, siempre y en todos los casos, debe estar *destinada* a la realización de un *delito*, que en nuestro caso es, evidentemente, un acto de terrorismo. Es decir que, en conclusión, en el caso de los incisos 1.*b* y 1.*c* el autor no solo debe saber que está entregando bienes o dinero a una persona u organización terrorista, sino que además debe tener el conocimiento o la intención de que esos bienes o fondos entregados sean destinados a un acto de terrorismo, que permanece indefinido.

³⁹ Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, “Palermo Ada y otros s/conexidad parcial y revocación parcial de congelamiento administrativo”, reg. 37.051, del 16.12.2013 (el destacado es original). En igual sentido, mismo tribunal, causa “UIF s/nulidad de los congelamientos administrativos de bienes y activos”, reg. 37.302, del 26.2.2014.

Queda en pie, todavía, la cuestión relativa a cuándo nos hallamos ante una persona u organización que “cometa o intente cometer” un acto de terrorismo. Aquí se trata de responder a las preguntas que formuláramos sobre este tema más arriba.

Lo primero que debemos descartar es que se trate de una condición objetiva de punibilidad, esto es, que los incisos 1.*b* y 1.*c* estén tipificando un financiamiento que recién será punible cuando el financiado “cometa o intente cometer” un acto de terrorismo; en otras palabras, cuando este último ingrese en la fase de ejecución de algún ilícito subsumible en el artículo 41 quinquies del CP. Más allá de que las reglas del idioma castellano le dan cierto sustento a la idea de la condición objetiva de punibilidad, este argumento no puede prosperar, principalmente porque en el inciso 2 del mismo artículo 306 del CP se ha establecido que la financiación será punible “independientemente del acaecimiento del delito”, con lo cual no sería consistente pensar que un requisito para la punibilidad de los incisos 1.*b* y 1.*c* sea, justamente, la comisión o la tentativa de un acto de terrorismo, que el inciso 2 (cuya regla se extiende a tales incisos) declara como innecesario.

Dicho esto, creo que la clave para la interpretación del giro “que cometa o intente cometer” contenido en los incisos 1.*b* y 1.*c*, se encuentra en la anterior norma penal que castigaba la asociación ilícita terrorista (antiguo artículo 213 *ter* del CP). Allí se castigaba con pena de prisión al que tomara parte de una “asociación ilícita cuyo *propósito* sea, mediante la comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo”, siempre que además la asociación reuniera una serie de requisitos: a) que tuviera un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político; b) que estuviera organizada en redes operativas internacionales; c) que dispusiera de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o la integridad de un número indeterminado de personas.

Puede concluirse, entonces, que, en el caso de la financiación a una organización, el financiamiento será punible cuando, además de hallarse cumplidos los requisitos señalados más arriba (entrega de bienes o dinero con el conocimiento o la intención de que serán usados para un acto terrorista, indefinido *ab initio* pero plausible —riesgo concreto—), la organización esté formada con el *propósito* de “aterrozar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo” (artículo 41 *quinquies*, CP). No se requiere, entonces, que la organización haya previamente realizado

algún hecho con estas características. Basta que la organización esté constituida con este propósito, o al menos que este se encuentre entre sus misiones, si es que la organización tiene múltiples fines. Así, cuando el tipo penal dice “que cometa”, pretende atrapar a aquellas organizaciones que comprobablemente tienen entre sus actividades la comisión de este tipo de hechos y que, efectivamente, ya han realizado alguno o algunos. Por su parte, el giro “que intente cometer” hace alusión a aquellas agrupaciones que tienen el propósito señalado antes, pero que aún no llevaron a cabo un acto terrorista. Lo definitorio es, por lo tanto, que la organización esté conformada con el *propósito* (único o en conjunto con otros) de realizar actos aterrorizantes para la población o intimidatorios para las autoridades nacionales o extranjeras.

Lo demás es una cuestión de prueba. En efecto, podrá recurrirse tanto a los listados que elabora el Consejo de Seguridad de la ONU como a cualquier otro medio probatorio que permita echar luz sobre estas cuestiones. Ya no hace falta, por cierto, determinar si la organización tiene un plan destinado específicamente a propagar odio, si está estructurada en redes operativas internacionales o si dispone de armas, explosivos u otros medios idóneos para atentar contra la vida o integridad de las personas (extremos todos estos que exigía el anterior artículo 213 *ter* del CP). El artículo 41 quinquies ha limpiado a la legislación penal argentina en materia de terrorismo de estas exigencias, de modo que ahora cualquier organización, estructurada como sea, con los medios que sea, y con el plan de acción que sea, puede cometer un acto de terrorismo en tanto y en cuanto tenga el propósito aterrorizante o intimidatorio indicado más arriba.

Podemos hacernos preguntas ulteriores: ¿cómo hace el autor del financiamiento para saber que la organización o individuo al que asiste financieramente habrá de cometer en el futuro —o al menos intentará hacerlo— un acto terrorista? O en todo caso, ¿cómo podría conocer el propósito ilícito de la organización? Nuevamente, es una cuestión de prueba. Una organización o una persona podrían no volverse nunca terroristas, tanto como podrían hacerlo súbitamente, con una imposibilidad total para el financista de haber previsto ese vuelco en las actividades de la organización o de la persona individual. Si el aporte, al momento de ser realizado, no fue más que la realización de una *conducta neutral*, dentro de un rol o estereotipo, que no se insertó como una pieza en un engranaje delictivo (porque el individuo o la organización todavía no eran terroristas), el autor no tendrá motivos para preocuparse, pues no se habrá configurado el tipo objetivo: en efecto, el autor con su conducta (su aporte) no habrá superado los límites del riesgo permitido y funciona plenamente la regla de la prohibición

de regreso⁴⁰ (de acuerdo con la formulación de Jakobs, “nadie debe excederse de su rol para conjurar un peligro”⁴¹). Para cierto sector de la doctrina, habría que analizar si no existía ya, al momento de realizarse el aporte, una “reconocible propensión” al hecho terrorista por parte del asistido financieramente, en el momento en que el financista efectuó su aporte (según Roxin, “una primera acción no puede ser interpretada por sí misma como intolerablemente peligrosa, sino solo a partir del contexto reconocible de las intenciones del potencial autor doloso”).⁴² Pero aquí ingresamos en otra extensísima discusión que no puede ser abordada en este artículo.⁴³ De todas maneras, no hay que perder de vista que la legislación argentina no contiene una norma penal que castigue el financiamiento *culposo* del terrorismo. Todo esto va dicho más allá de que, en virtud del artículo 306 del CP, el financiamiento a un individuo o una organización terrorista *no es* una conducta neutral, en ningún caso, porque el tipo objetivo se agota en la sola acción, es decir, en el mero acto de recolectar o entregar los bienes o dinero (y la generación de un riesgo concreto para el orden y la seguridad pública). La pregunta acerca de si, por ejemplo, un banco realizó una conducta neutral o no al prestarle dinero a una persona o agrupación, tendrá lugar únicamente en aquellos supuestos en que el aporte se haya efectuado con anterioridad al devenir terrorista de la persona u organización.

7. Ulteriores consideraciones sobre el tipo subjetivo

En la legislación penal argentina sobre financiamiento del terrorismo, como hemos visto más arriba, los dos elementos especiales del tipo subjetivo definidos en el

⁴⁰ Naturalmente, la conducta estará dentro del rol (o resultará estándar o estereotipada) si además ella efectivamente se encuentra dentro de los contornos con que se define la actividad del financista. Desde ya que si un banco le presta a una organización una suma de dinero a sabiendas de que esta no tiene un objeto social claro, o que no tiene una actividad lícita declarada, o incluso a sabiendas de que el dinero prestado no le será devuelto, no podrá defenderse la idea de que la conducta del financista fue estereotipada, de modo que habrá que pasar al análisis del aspecto subjetivo de la participación para determinar si en el financiamiento existió imprudencia o directamente dolo (cf. en sentido similar, Trovato y Orce, o. cit., pp. 618-619).

⁴¹ Cf. Günther Jakobs, *Acción y omisión en derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 32.

⁴² Cf. Claus Roxin, “Observaciones sobre la prohibición de regreso”, en Claus ROXIN y Günther Jakobs, *La prohibición de regreso en derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 174.

⁴³ Para ulteriores análisis me permito remitir a mi artículo “Conductas neutrales y participación en el delito, apuntes sobre el estado actual de la discusión”, en Daniel Pastor (dir.) y Nicolás Guzmán (coord.), *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, pp. 275 ss.

Convenio de 1999⁴⁴ fueron incorporados al tipo penal del artículo 306 del CP, de modo que se requiere la *finalidad* específica en el autor (dolo directo de primer grado)⁴⁵ de que los fondos o dinero que recolecta o provee sean utilizados en la realización de un acto terrorista —definido *a priori* en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar (inciso 1.a) o incierto pero probable (incisos 1.b y 1.c)—, o al menos el *conocimiento* de que ese ocurrirá con su aporte. Esta segunda alternativa permite sostener que la norma penal argentina atrapa también los casos de dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias.⁴⁶

No se contempla en la norma argentina la posibilidad de comisión por imprudencia ni hay lugar para la comisión por dolo eventual. Si la financiación se realiza sin la intención específica o el conocimiento cierto que describe el tipo penal, la conducta no será típica por hallarse ausente el tipo subjetivo, aun cuando en el caso concreto de la financiación hubieran existido motivos razonables de sospecha acerca del destino que se daría a los fondos provistos (el conocimiento debe ser certero). La consecuencia que esto tiene, en Argentina pero también en los demás países que se han inclinado por excluir de su legislación la figura culposa de financiación del terrorismo (también el dolo eventual), es que, en algún caso, esto podrá frustrar la cooperación internacional por ausencia del requisito de la “doble incriminación” que en general se exige en los convenios de

⁴⁴ En el *Manual* del FMI, p. 8, se habla de un “componente doloso” en los tipos previstos en el Convenio de 1999. Según ese documento, “el Convenio define dos aspectos. Primero, el acto debe ser deliberado. Segundo, la persona que lo perpetra debe haber tenido o bien la intención de destinar los fondos al financiamiento de actos de terrorismo, o bien el conocimiento de que los fondos se utilizarían para tal fin. En este segundo aspecto, la intención y el conocimiento tienen carácter alternativo. Al ser esta toda la información que presenta el Convenio sobre estos dos aspectos del componente doloso, ambos se deben resolver de acuerdo con las leyes penales generales de cada Estado Parte”.

⁴⁵ Tal como se ha señalado, “en cuanto se usa la fórmula ‘con el fin de...’ o ‘para’, se exige dolo directo” (cf. Gustavo Trovato, “La recepción de las propuestas del GAFI en la legislación penal argentina”, en Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo [eds.], *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 74).

⁴⁶ En igual sentido, Trovato, o. cit., pp. 87-88, quien señala —con referencia al derogado artículo 213 *quater* del CP, pero aplicable al actual artículo 306 del CP en algunos aspectos— que en la Convención de 1999 “se estableció expresamente una fórmula relativa al dolo directo de primer grado (el que con intención)”, la cual ha sido receptada en la primera alternativa del inciso 1 del artículo 306 del CP, y que la otra fórmula, “el que con conocimiento” (o “a sabiendas”, como dice el actual inciso 1 del artículo 306 del CP en su segunda alternativa), hace referencia al dolo directo de segundo grado. Según Trovato, en la norma penal argentina (en la anterior, pero de igual manera en la actual) “basta el dolo como conciencia segura y no es necesario que la intención se dirija principalmente a financiar. Dicho con un ejemplo: es punible aquel que otorga dinero a un grupo terrorista con la intención de obtener la ganancia prototípica del negocio de préstamo oneroso, aunque le sea indiferente los fines ilícitos con que será usado, siempre y cuando sepa, con seguridad, que ese dinero será usado con ese específico fin ilícito”.

cooperación interestatal.⁴⁷ Esto va dicho sin perjuicio de que, en general, el Convenio de 1999 y la resolución n.º 1373 del Consejo de Seguridad exigen que los Estados partes se presten entre sí la mayor asistencia judicial posible en cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición que se lleve adelante con motivo de los delitos enunciados en los instrumentos internacionales.⁴⁸

8. ¿Cuáles son las conductas “terroristas” cuya financiación es punible en Argentina?

Otra cuestión a analizar es cuáles son las conductas cuyo financiamiento resulta típico en los términos del artículo 306 del CP. Esto es importante porque, más allá de las imprecisiones que siempre se señalan en las definiciones legislativas de “terrorismo” (extremo que ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación),⁴⁹ Argentina presenta una situación especial, que es que, a diferencia de muchos países y, sobre todo, a diferencia (o en exceso) de lo que imponen las normas internacionales, tiene ahora una norma penal que permite calificar como *acto de terrorismo* la realización de *cualquier* delito que esté tipificado en la legislación argentina, en tanto y en cuanto haya sido ejecutado “con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo” (artículo 41 *quinquies* del CP). Es decir que en Argentina un acto de terrorismo no es únicamente aquel que afecta gravemente

⁴⁷ Esta circunstancia es también resaltada en el documento de la ONU citado más arriba, *Prevención de los actos terroristas...*, p. 12. La ley n.º 24.767 de la Argentina, denominada Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, de 1997, que rige en ausencia de un tratado entre el Estado requirente y la República Argentina, establece en su artículo 6: “Para que proceda la extradición de una persona, el hecho materia del proceso penal deberá constituir un delito que tanto en la ley argentina cuanto en la del Estado requirente tenga prevista una pena privativa de libertad con mínimo y máximo tales que su semisuma sea al menos de un año”.

⁴⁸ Cf., en este sentido, el *Manual del FMI*, cit., p. 64.

⁴⁹ Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 328, p. 1268 (caso *Lariz Iriondo*, del 10.5.2005). En el voto conjunto de los ministros Maqueda y Zaffaroni se señaló: “El concepto de terrorismo ha sido sumamente difuso y ampliamente discutido, al punto que ni siquiera se logró un consenso en el Estatuto de Roma, donde no fue posible lograr una definición, pese a la unánime condena. Tampoco en el sistema regional americano la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Barbados el 3 de junio de 2002 (ratificada por ley 26.023) logró un consenso sobre su tipificación ni sobre su consideración como crimen de lesa humanidad. Mal puede considerarse la vigencia de un derecho internacional consuetudinario consagradorio de la tipicidad e imprescriptibilidad de delitos sobre cuya definición no se ha logrado acuerdo entre los estados hasta el presente”.

bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la salud o la libertad, sino cualquier bien jurídico (incluso colectivo o supraindividual).⁵⁰ Recordemos que de acuerdo a las definiciones del Convenio de 1999, un acto puede ser terrorista siempre que tenga como finalidad causar la *muerte* o *lesiones* corporales graves a determinadas personas, y siempre que su propósito sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

Esta situación ha llevado a hablar, sobre todo en el ámbito de la política local, de la figura de *terrorismo económico* o *financiero*,⁵¹ pese a que no surge de los tratados y normas internacionales una preocupación global por considerar como actos de terrorismo otras conductas que también puedan, en última instancia, afectar bienes jurídicos elementales como la vida, la alimentación básica, la educación, etc., si bien por caminos y medios distintos de las bombas y las armas.

Por eso en Argentina podría constituir delito de financiamiento del terrorismo la asistencia financiera a cualquier persona u organización que realizara cualquier delito —contra la vida, pero también, por ejemplo, contra el orden económico y financiero— siempre que este tuviera por finalidad, al momento de su comisión, aterrorizar a la población o forzar a las autoridades a hacer o dejar de hacer algo. Esta posibilidad que da la norma penal es lo que generó un justificado rechazo en la comunidad jurídica en general, que se manifestó en el parlamento argentino durante el debate previo a la sanción de la ley. En ese debate las críticas más importantes se centraron en la supuesta “sobreactuación” de los poderes ejecutivo y legislativo frente a las exigencias del GAFI, en los defectos técnicos de los artículos que finalmente fueron incorporados al CP, vinculados con su amplitud y vaguedad lesivas del principio de legalidad, y en la posibilidad de convertir esas normas penales en una herramienta de persecución del poder de turno

⁵⁰ Se ha señalado, en este sentido, que con la ley 26.734 en Argentina constituirá delito de terrorismo “cualquiera de la parte especial del Código Penal cometido con la finalidad descripta en la agravante genérica que se incorporó mediante artículo 41 *quinquies* [...] [N]o es necesario que exista una organización poderosamente armada con redes operativas internacionales sino que puede cometer delito de terrorismo un individuo en solitario; no es requisito utilizar medios comisivos especialmente ofensivos, basta cualquier delito de la parte especial; no es menester causar alarma o temor con un plan de propagación del odio racial, étnico o religioso, sino que es suficiente con pretender aterrorizar a la población u obligar a un gobierno a hacer o dejar de hacer algo” (cf. Gustavo Franceschetti, “Reflexiones político-criminales en torno a la ley que pune el terrorismo y financiación del terrorismo”, ponencia presentada en el II Encuentro Inter-Cátedras de Derecho Penal de la UBA y UNR, Facultad de Derecho de la UNR, 16 de marzo de 2012).

⁵¹ En su discurso ante la Asamblea General de la ONU, del 24.9.2014, la presidenta argentina, Cristina Fernández de Kirchner, expresó: “[...] no sólo son terroristas los que ponen bombas, sino también son terroristas económicos los que desestabilizan la economía de los países y provocan hambre, miseria y pobreza” (www.telam.com.ar, 25.9.2014).

contra las voces disidentes. Tan fuertes fueron las críticas que incluso al día siguiente de la sanción de la ley 26.734, un grupo de legisladores presentó en la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley que proponía derogarla.⁵²

Sumemos a esto que, recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha efectuado severas críticas a la legislación antiterrorista chilena, que son directamente trasladables a la relativamente novedosa ley argentina. En efecto, la Comisión citada señaló que la norma penal chilena —al igual que la argentina— “no incluye una explicación sobre cuáles *medios* pueden considerarse de naturaleza tal o con efectos tales que conviertan un delito común en un delito terrorista”, y que “[esa] amplitud no puede considerarse subsanada [por la lista de...] algunos medios que implican una presunción [de intención terrorista]” (el tipo penal argentino ni siquiera contiene una lista semejante, sin perjuicio de la criticable consecuencia presuntiva que le atribuye la ley chilena a ciertos medios —hoy derogada con la reforma de 2010—). La Comisión expresó que no existe una definición de *terrorismo* en el derecho internacional, pero sí un consenso respecto de “algunos elementos mínimos” que deben servir a los Estados para la tipificación de esos delitos y realizó consideraciones sobre la imposibilidad de determinar cuándo una conducta constituye delito de carácter terrorista u ordinario a partir del elemento subjetivo especial terrorista.⁵³

Hay que mencionar también como dato de interés que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido ocasión de opinar en torno a la naturaleza de los actos de terrorismo y siempre le ha negado a este delito la condición de delito de lesa humanidad. Al

⁵² Cf. expediente n.º 6418-D-2011, en el cual un grupo de diputados opositores al partido actualmente gobernante propone la derogación de la ley 26.734, debido a que, entre otros motivos, esta es “amplia, ambigua y de límites difusos” y resulta ser, en definitiva, “un instrumento de persecución y control social”. Entre los juristas destacados que se opusieron enfáticamente a esta ley se encuentra el entonces ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Raúl Zaffaroni, quien sostuvo que la ley antiterrorista sancionada a instancias del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) solo apunta a “controlar todo el movimiento financiero” y no a prevenir el lavado de activos como forma de financiamiento para el terrorismo. Según surge de las crónicas periodísticas de aquella época, Zaffaroni fue muy duro tanto con la sanción de la ley como con su artífice (según él): el GAFI. Según el jurista, “el GAFI es un organismo que se toma atribuciones que no tiene y extorsiona a nuestro país. Su objetivo no es evitar el lavado ni prevenir el terrorismo, sino controlar todo el movimiento financiero [...] En cuanto al terrorismo, no hay ningún delito vinculado al mismo que desde siempre no haya estado severamente penado en nuestras leyes, de modo que no es más que un pretexto”. También habría referido que el objetivo del GAFI es meramente económico y que la sanción de la ley 26.734 “sólo se trata de la respuesta a una extorsión por parte de un organismo al que nunca debimos pertenecer” (cf. «www.parlamentario.com», edición del 26.12.2011).

⁵³ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Norín Catrیمان y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) contra Chile*, fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 29.5.2014.

contrario, siempre lo consideró un delito común, si bien aberrante o gravemente lesivo de derechos fundamentales. Las consecuencias que se extraen de esta postura no son menores, porque significa que no le son trasladables las reglas y principios que —sobre todo con base en jurisprudencia de los órganos interamericanos de derechos humanos—, se aplican a los casos de delitos de lesa humanidad (imprescriptibilidad, revisabilidad la cosa juzgada, relajación del principio del plazo razonable de duración del proceso, etc.).

En este sentido, ha dicho la Corte:

[E]n el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como “actos de terrorismo” puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancia delitos de lesa humanidad.

Y agrega:

No debe confundirse la consideración del terrorismo como crimen de lesa humanidad y, por ende, imprescriptible, lo que no ha sido en general consagrado por el derecho internacional consuetudinario.⁵⁴

Esta es la opinión que, en general, mantuvo la Corte Suprema en casos de supuesto terrorismo que tenían como protagonistas a miembros de la ETA (caso *Lariz Iriondo*, recién citado), de Montoneros (caso *Salgado*)⁵⁵ y agentes policiales del propio Estado

⁵⁴ Cf. votos de los ministros Maqueda y Zaffaroni en el caso *Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 328, p. 1268, del 10.5.2005).

⁵⁵ En este caso se investigó el atentado con bombas contra el comedor del edificio de la Superintendencia de Seguridad de la Policía Federal Argentina, ubicado en la calle Moreno de la ciudad de Buenos Aires, el 2.7.1976 —tres meses después del último golpe de Estado—, que destruyó parcialmente el inmueble y dejó un saldo de 24 muertos y 60 heridos (cf. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, c. n.º 9880, *Salgado, José María s/recurso de casación*, del 22.3.2011; el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declaró inadmisibile el recurso extraordinario está caratulado *Salgado, José María s/recurso de casación* y es de fecha 10.7.2012). Es cierto que la Corte Suprema se limitó a rechazar el recurso extraordinario, pero, teniendo en cuenta la sensibilidad y la relevancia histórica del precedente, se puede concluir que el máximo tribunal del país avaló la interpretación de la Cámara de Casación. En el fallo de esta última, se sostuvo que el ataque a la Superintendencia de Seguridad —supuestamente perpetrado por la agrupación Montoneros— “aún en conjunción a otros sucesos en los que, a tenor de las partes, la referida agrupación habría herido y causado la muerte de otras personas, no presenta el elemento ‘de contexto’ requerido por el tipo en análisis [es decir, por el delito de lesa humanidad], cuanto es que esos asesinatos o graves violaciones a los derechos fundamentales de la persona se hayan llevado a cabo en el marco de un ataque de carácter generalizado o sistemático contra una población civil. Es decir, en primer término [...], no se trasunta de la descripción del hecho en estudio la característica con la que debe hallarse revestido el ‘ataque’, acometimiento o emprendimiento de la ofensiva [...] [L]a

(caso *Derecho*).⁵⁶ Aún está pendiente que la Corte Suprema opine sobre la naturaleza del atentado a la sede de la AMIA en la Argentina y, consecuentemente, las reglas que son aplicables a ese proceso (si son las *comunes* o las que se construyeron en los últimos años para los delitos de *lesa humanidad*).

9. El órgano de aplicación en materia de prevención de la financiación del terrorismo en Argentina. La posibilidad de “congelar” fondos

La Unidad de Información Financiera argentina (UIF) fue creada mediante la ley n.º 25.246 del 13 de abril de 2000. Originalmente no se le asignó competencia alguna en materia de análisis y/o prevención del delito de financiación del terrorismo. Esto es lógico si se tiene en cuenta que, conforme se viera, recién en el año 2007, a través de la ley n.º 26.268, se incorporó por primera vez a la legislación penal argentina el delito de financiación del terrorismo. Fue precisamente a partir de esa ley que se asignó a este organismo la competencia para encargarse del “análisis, tratamiento y transmisión de información a efectos de prevenir e impedir”, entre otros, los delitos de terrorismo y de financiación del terrorismo (artículo 6, incisos 1.c, 1.h y 2). Seis meses después de esta ley se habría de modificar nuevamente, como también vimos, la legislación penal en materia de terrorismo y financiación del terrorismo, pero esto no afectó las competencias que ya habían sido asignadas a la UIF. Al contrario, con la nueva ley n.º 26.734 estas competencias se vieron ampliadas y potenciadas.

En efecto, en el artículo 6 de la ley n.º 26.734 se estableció una competencia nueva y muy importante a favor de la UIF:

pauta de contexto exigida finca en la conexión existente entre los hechos y la autoridad de turno de iure o de facto, pero del propio Estado donde se estén ejecutando los hechos, pues de otra manera (y no teniendo la organización el poder de facto en determinado territorio), no se daría esa conexión —aun tratándose de otro Estado— porque tales hechos requieren la acción u omisión de quien ejerza el poder en el territorio pues sólo quien ejerce el poder, se procura para sí impunidad, disponibilidad de medios, y libertad de actuación [...]”.

56 Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 330, p. 3074, y 334, p. 1504 (la primera sentencia en este caso fue luego dejada sin efecto por la propia Corte Suprema en el segundo de los precedentes indicados, a raíz de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptada en el caso *Bueno Alves vs. República Argentina*, del 11.5.2007).

[P]odrá disponer mediante resolución fundada y con comunicación inmediata al juez competente, el congelamiento administrativo de activos vinculados a las acciones delictivas previstas en el artículo 306 del Código Penal, conforme la reglamentación que lo dicte.

Luego, mediante el decreto n.º 918/12 se reglamentaron las medidas y procedimientos previstos en aquella ley, sobre congelamiento administrativo de bienes vinculados a la financiación del terrorismo, instituyendo un sistema de congelamiento inmediato, tanto para los sectores financieros como los no financieros. En el artículo 2 del decreto se define *congelamiento administrativo* (expresión novedosa para la legislación argentina) como “la inmovilización de los bienes o dinero, entendida como la prohibición de transferencia, conversión, disposición o movimiento de dinero u otros bienes”. En este decreto se dispusieron los procedimientos para el congelamiento administrativo de bienes o dinero respecto de personas físicas o jurídicas designadas por el Consejo de Seguridad de la ONU, de conformidad con la resolución 1267 (1999) o simplemente vinculadas con las acciones delictivas previstas en el artículo 306 del CP. Estos congelamientos los dispone la UIF inaudita parte y por resolución fundada (artículo 5 del decreto; la fundamentación la exige la ley 26.734) y son implementados por los sujetos obligados mencionados en el artículo 20 de la ley n.º 25.246 (bancos, registros de la propiedad inmueble, de la propiedad automotor, etc.). En el caso de las entidades del sector financiero, cuando se trate de personas que integran los listados de terroristas confeccionados por la ONU, los congelamientos deben ser efectuados directamente por los sujetos obligados de manera automática y comunicados a la UIF sin demoras. En los demás casos los congelamientos administrativos se realizan por resolución de la UIF.

Según el artículo 17 del decreto, una vez dispuesto el congelamiento la UIF debe comunicar “en el momento” la decisión al Ministerio Público Fiscal para su conocimiento y al juez federal para que ratifique, rectifique o revoque la medida.

Sobre la base de este decreto, la UIF dictó la resolución 29/2013, del 15.2.2013. Allí estableció que el congelamiento administrativo de fondos dura seis meses prorrogables por igual término por única vez; sin embargo, si el congelamiento se dispuso respecto de una persona designada por el Consejo de Seguridad de la ONU según resolución 1267 (1999) y sus sucesivas, regirá mientras la persona permanezca en el listado, o hasta tanto el congelamiento sea revocado judicialmente.

Respecto de la validez constitucional de estas nuevas facultades de la UIF, el panorama es incierto, sobre todo porque ellas son similares —si bien no iguales— a aquellas

que fueron concedidas a la AFIP hace un tiempo y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación fulminó por inconstitucionales.⁵⁷ Cabe recordar que mediante la ley n.º 25.239 se modificó el artículo 92 de la Ley de Procedimientos Fiscales, n.º 11.683, y se facultó a la AFIP a disponer unilateralmente medidas cautelares contra los contribuyentes. Esta facultad otorgada a la AFIP fue considerada por la Corte Federal —en el precedente mencionado— como una “inadmisibles delegación, en cabeza del Fisco Nacional, de atribuciones que hacen a la esencia de la función judicial” y destacó las afectaciones al rol del magistrado en el proceso (“quien pasa a ser un mero espectador que simplemente es ‘informado’ de las medidas que una de las partes adopta sobre el patrimonio de su contraria”), a la división de poderes, a la tutela judicial efectiva, a la defensa en juicio y al derecho de propiedad (artículo 17 de la Constitución Nacional).

Frente a estas consideraciones tan categóricas del máximo tribunal del país, no cabe menos que declarar incierto el futuro de las atribuciones concedidas a la UIF en el artículo 6 de la ley 26.734. Nótese que, tal como indiqué más arriba, al reglamentar esa facultad la UIF fue todavía más lejos e impuso a las entidades financieras que, en algunos casos, sean ellas mismas las que directamente congelen los fondos. Es decir que en estos supuestos la afectación patrimonial no se produce siquiera por una actuación de una autoridad pública, sino directamente por una persona del sector privado.

10. Conclusiones

La primera conclusión es bastante obvia: las normas penales que reprimen el financiamiento del terrorismo en Argentina son malas. El esfuerzo interpretativo que se debe hacer frente a ellas, para que su aplicación no derive en un desmesurado y arbitrario ejercicio del poder judicial (o del poder político), es enorme. Los tipos penales son vagos y exageradamente amplios, y han desbordado hasta lo inimaginable los criterios de legislación que surgen de los convenios internacionales. Se deberían haber precisado bastante más sus alcances, dotándolos de mayor claridad y taxatividad.⁵⁸

⁵⁷ Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 333, p. 935, causa *AFIP c/Intercorp SRL s/ejecución fiscal*, del 15.6.2010.

⁵⁸ Sobre la necesidad de dotar a las normas penales de la mayor precisión, claridad y taxatividad posibles (principio de estricta legalidad penal), véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1995, caps. 1 y 9. Sobre este principio y su concreta aplicación a la legislación en materia de terrorismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se expidió en el caso *Norín Catrimán y otros*.

Efectivamente, como han señalado los críticos de esta legislación antiterrorista, ella puede convertirse en una herramienta de criminalización de la protesta y de persecución contra “enemigos” que piensen distinto al poder de turno. Será fundamental, para que ello no ocurra, que el poder jurisdiccional actúe en todos los casos con prudencia y con absoluto respeto por los principios que hacen a la legitimidad de su función (principio de legalidad, verdad procesal, defensa de los derechos fundamentales, control de las ilegalidades del poder, etc.).⁵⁹

La escasa jurisprudencia argentina en la materia ha sido, hasta ahora, buena, y representa un comienzo en la tarea de definir más claramente los contornos de estos defectuosos tipos penales: al menos ya se ha impuesto la exigencia de que exista un peligro concreto para los bienes jurídicos tutelados (el orden y la seguridad pública).

Bibliografía

- AFTALIÓN, Enrique R., “Acerca del derecho penal bancario y financiero”, *La Ley*, Buenos Aires, 1979-B, pp. 820 ss.
- “El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico”, *La Ley*, 121, Buenos Aires, 1966, pp. 797 ss.
- BERGALLI, Roberto, “Las líneas de política criminal y los métodos y medios del derecho penal económico en la República Argentina”, *Nuevo Pensamiento Penal*, año 2, n.º 2, Buenos Aires, 1973, pp. 194 ss.
- BOTTKE, Wilfried, “Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Miguel BAJO FERNÁNDEZ y Agustín Jorge BARREIRO (dirs.), *Hacia un derecho penal económico europeo*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 640 ss.
- DE LACERDA DA COSTA PINTO, Federico, “Crimes económicos e mercados financieros. Abuso de informação do mercado no Código dos Valores Mobiliários português de 1999”, en Luis M. REYNA ALFARO (coord.), *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Lima: ARA, 2005, pp. 739 ss.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Buenos Aires-Montevideo: B. de F., 2009.

⁵⁹ Sobre estas fuentes, véase Luigi Ferrajoli, “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, en ídem, *Escritos sobre derecho penal*, t. 2, Buenos Aires: Hammurabi, 2014, pp. 343 ss., e ídem, “Constitucionalismo y jurisdicción”, en ídem, *Escritos sobre derecho penal*, t. 2, Buenos Aires: Hammurabi, 2014, pp. 433 ss.

- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo y jurisdicción”, en ídem, *Escritos sobre derecho penal*, t. 2, Buenos Aires: Hammurabi, 2014, pp. 433 ss.
- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1995.
- “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, en ídem, *Escritos sobre derecho penal*, t. 2, Buenos Aires: Hammurabi, 2014, pp. 343 ss.
- FRANCESCHETTI, Gustavo, “Reflexiones político-criminales en torno a la ley que pune el terrorismo y financiación del terrorismo”, ponencia presentada en el II Encuentro Inter-Cátedras de Derecho Penal de la UBA (Javier De Luca) y UNR (Daniel Erbetta), Facultad de Derecho de la UNR, 16 de marzo de 2012.
- GUZMÁN, Nicolás, “Conductas neutrales y participación en el delito, apuntes sobre el estado actual de la discusión”, en Daniel PASTOR (dir.) y Nicolás GUZMÁN (coord.), *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, pp. 275 ss.
- HASSEMER, Winfried, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 95 ss.
- HEFENDEHL, Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en ídem (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 188 ss.
- JAKOBS, Günther, “Accesoriedad sobre los presupuestos de la organización en común”, en ídem, *Moderna dogmática penal*, México D. F.: Porrúa, 2002, pp. 749 ss.
- *Acción y omisión en derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- *El concepto jurídico penal de acción* (trad. de Manuel Cancio Meliá), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- *Derecho penal. Parte general* (trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.
- *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. de Cancio Meliá), Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.
- KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales del derecho penal económico”, *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, 24.10.2012, IJ-LXVI-372.
- KISS, Alejandro, *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011.
- MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico*, Valencia: Tirant lo Blanc, tomo 1, *Parte general* (1998); tomo 2, *Parte especial* (1999).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “Delincuencia económica, estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Miguel BAJO FERNÁNDEZ y Agustín Jorge BARRERO (dirs.), *Hacia un derecho penal económico europeo*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 266 ss.
- RIGHI, Esteban, *Los delitos económicos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Civitas, 1997.

- “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en ídem, *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2008, pp. 125 ss.
- “Observaciones sobre la prohibición de regreso”, en Claus ROXIN y Günther JAKOBS, *La prohibición de regreso en derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 174 ss.
- SALINAS, José María, y Gonzalo VERGARA, “Prevención contra el terrorismo y la financiación del terrorismo”, en Francisco D’ALBORA (ed.), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión*, Buenos Aires: La Ley, 2012.
- TIEDEMANN, Klaus, *Derecho penal económico*, Lima: Grijley, 2009.
- “Presente y futuro del derecho penal económico”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Miguel BAJO FERNÁNDEZ y Agustín Jorge BARREIRO (dirs.), *Hacia un derecho penal económico europeo*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 32 ss.
- TROVATO, Gustavo, “La recepción de las propuestas del GAFI en la legislación penal argentina”, en Miguel BAJO FERNÁNDEZ y Silvina BACIGALUPO (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 74 ss.
- TROVATO, Gustavo, y Guillermo ORCE, “Comentario al artículo 306 del Código Penal”, en David BAIGÚN y Eugenio Raúl ZAFFARONI (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires: Hammurabi, 2013, pp. 614 ss.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 2.^a ed., 2002.

EL TERRORISMO COMO DELITO COMÚN

José Luis Guzmán Dalbora

RESUMEN. El estudio compara el terrorismo con los viejos delitos de lesa majestad, por considerarlo tan imposible de definir como estos. El impedimento tiene una raíz empírica, reconocida en la criminología del fenómeno, la misma que impide asociarlo con algún bien jurídico. Al ser, pues, un concepto indefinible y, por tanto, irracional, se explica que no exista una definición comúnmente aceptada en el derecho internacional y la extraordinaria variedad de su tratamiento legislativo en los Estados. Esta inanición conceptual, diversidad de regulación y el hecho de que la respuesta penal contra el terrorismo responde siempre a un designio político autoritario llaman a realizar con él lo mismo que hizo la reforma penal del Iluminismo con el delito político: reducirlo a la categoría y someterlo a las reglas del delito común.

Palabras clave: historia del derecho penal, política, lesa majestad, irracionalismo, bien jurídico, autoritarismo.

ABSTRACT. This paper compares terrorism with the old crimes known as lèse-majesté, considering them just as impossible to define. This obstacle arises from an empirical cause, based on the criminology of the phenomenon, which makes a connection with any legally protected interest impossible. Since it is an undefinable and therefore irrational concept, there is no widely accepted definition in international law and its legislative treatment by the States is extremely varied. This conceptual inanity, diversity of regulation and the fact that the criminal response to terrorism always corresponds to an authoritarian political design suggest that we should proceed with it as the criminal reform of the Enlightenment did with political crimes: reduce it to a category and subject it to the rules governing common crimes.

Key words: history of criminal law, politics, lèse-majesté, irrationalism, legally protected interest, authoritarianism.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag nimmt einen Vergleich des Terrorismus mit den überkommenen Straftaten der Majestätsbeleidigung vor, wobei er davon ausgeht, dass beide gleichermaßen nicht zu definieren sind. Dieses Hindernis ergibt

sich empirisch aus der kriminologischen Bewertung des Phänomens, wonach es unmöglich ist, eine Verknüpfung zu einem Rechtsgut herzustellen. Da es sich also um ein undefinierbares und damit auch irrrationales Konzept handelt, lässt sich auch das Fehlen einer allgemein akzeptierten Definition im Völkerrecht und die außerordentliche Vielfalt gesetzlicher Lösungen in den einzelnen Staaten erklären. Angesichts der fehlenden Konzeption, der vielfältigen Regelungen und der Tatsache, dass die strafrechtliche Antwort auf den Terrorismus immer unter einem autoritären politischen Vorzeichen steht, empfiehlt es sich, ihm genauso zu begegnen, wie es die Strafrechtsreform der Aufklärung gegenüber politischen Straftaten getan hat: den Terrorismus als gemeine Straftat einzustufen und nach den entsprechenden Bestimmungen mit ihm zu verfahren.

Schlagwörter: Geschichte des Strafrechts, Politik, Majestätsbeleidigung, Irrationalismus, Rechtsgut, Autoritarismus.

1. Terrorismo y lesa majestad

La reforma de la legislación criminal toscana que hizo en Pisa el archiduque Pedro Leopoldo de Habsburgo el 30 de noviembre de 1786 —por tanto, cinco años antes de las innovaciones revolucionarias condensadas en el Código Penal francés de 1791— ofrece numerosos aspectos reveladores, no solo del inmenso significado histórico de un documento que, entre otros progresos, fue el primero en suprimir la pena de muerte, sino del valor actual de la reforma penal de la Ilustración.

El Código Leopoldino tuvo la osadía de dar un paso inédito para las monarquías del antiguo régimen: la supresión de los delitos de lesa majestad. Su artículo LXII, reconoce la abusiva extensión que estos habían alcanzado a lo largo de los siglos —hasta el punto de abarcar acciones en sí mismas no delictuosas, pero que se convirtieron en tales solo por la ley—, declara abolido el abuso y elimina todo especial título delictuoso de la denominada lesa majestad. También ordena que las violencias y los atentados contra la seguridad, libertad y tranquilidad del Gobierno sean considerados en el género de las violencias públicas y castigados según la mayor o menor atrocidad de la violencia en sí misma, “sin considerar la gravedad mayor añadida por la ley so pretexto de la lesa majestad”. Dicho de otra manera, convirtió el infame cenotafio del delito político en delito común.¹

¹ “La Legge toscana del 1786”, en Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, p. 280. La prioridad de la Ley toscana en la materia es subrayada por Rivacoba y Rivacoba, *La reforma penal de la Ilustración*, p. 24.

El gesto de la Leopoldina iba mucho más allá que las proposiciones respectivas de su mentor espiritual, Cesare Beccaria.² El milanés toca dos veces en su célebre opúsculo los problemas de la figura polimorfa y espantable de la lesa majestad a propósito de la pena de muerte y, sobre todo, en la división de los delitos. Hay que reconocer que en la pareja de pasajes no consiguió desligarse de los apremios de la polémica contingente, al paso que la mayor parte de su obra se pone por encima de las condiciones del momento y defiende, universal e intemporalmente, los intereses de la humanidad.³ Beccaria acepta la posibilidad de la muerte de un ciudadano durante períodos de convulsión política, “cuando, aun encontrándose privado de la libertad, tenga todavía relaciones y poderes tales que comprometan la seguridad de la nación, es decir, cuando por su existencia pueda producirse una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida”.⁴ La respuesta penal a los actos de subversión, para los que él conserva de la lesa majestad la sanción del máximo suplicio, contradice su pensamiento de que los crímenes de sedición son provocados por tiranos que usurpan los derechos del pueblo, ofuscan la luz de la verdad o se dejan arrastrar por intereses personales o las pasiones del momento.⁵ De otra parte, en el crucial capítulo sobre la división de los delitos, tras establecer el principio de que su verdadera medida es el daño causado a la sociedad, Beccaria sostiene que aquellos que la destruyen inmediatamente o a quien la representa, “los que se llaman de lesa majestad”, no pueden comprender, como ocurría hasta ese punto, hechos que consisten en la mera expresión de opiniones o ideas.⁶

Era esta última una indispensable limitación de la férula del delito político, concepto no utilizado por Beccaria y que solo se difundirá en la época de los Códigos clásicos,

² El constante y profundo influjo de este sobre aquella es un hecho histórico indiscutible. Lo admite incluso Naucke, en su severo juicio de la obra beccariana, cuya tendencia humanizadora del derecho penal pone en entredicho la conferencia “Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria”, pp. 14-15.

³ Cavanna, “Giudici e leggi a Milano nell’età del Beccaria”, p. 169.

⁴ Beccaria, *De los delitos y de las penas*, p. 253. Obsérvese, empero, que él no afirma que entonces la supresión del reo quede legitimada, sino que “puede creerse justa y necesaria”, ya que tampoco ha pretendido aludir a la muerte como pena en sentido jurídico, sino a un acto de necesidad o de defensa que urge realizar a falta de genuina tutela jurídica. Parecidamente pueden entenderse los *Discursos* de Robespierre favorables a la ejecución de Luis XVI, a quien acusó de haber violado el contrato social y cuya persona era preciso eliminar como extrema medida de salvación pública, no a título de pena. Sobre el particular, véanse Cattaneo, “Morale e politica nel dibattito dell’Illuminismo”, p. 130, y Rivacoba y Rivacoba, *Estudio preliminar*, p. C.

⁵ Denuncia la contradicción Ruggiero, *La violencia política*, p. 13.

⁶ “Sólo la tiranía y la ignorancia, al confundir los vocablos y las ideas más claras, pueden dar aquel nombre y, en consecuencia, la máxima pena, a delitos de naturaleza diferente haciendo a los hombres, como en otras mil ocasiones, víctimas de la palabra”. *De los delitos y de las penas*, p. 199.

durante la primera mitad del siglo XIX. Sin embargo, su propuesta distaba de apuntar al cese global de la borrosa categoría de la lesa majestad, para una de cuyas manifestaciones prístinas, la sedición, el autor se inclinó por el patíbulo. En tales circunstancias, se comprenderá lo avanzadísimo del tono de la Leopoldina. Al convertir los hechos violentos contra el soberano en delitos comunes y dejar en la atipicidad las opiniones y los actos inocuos de los ciudadanos, el Código toscano puso límites jurídicos a la soberanía. Había sonado la hora del principio de ofensividad. De ahí en adelante “se rompió la relación de dependencia doméstica que unía al súbdito con el Estado”.⁷

La importancia del paso salta a la vista si se recuerda las teratológicas dimensiones que había adquirido el rótulo de lesa majestad, bajo el cual se incardinó un sinnúmero de conductas, todas ellas sancionadas con la muerte, a menudo agravada en sus formas de ejecución. En el período histórico comprendido entre la instalación del Imperio Romano hasta la reforma de 1786, al que Carrara calificó de “terrible, porque se apoya en millones de cadáveres, y fantasmagórico, porque su designio era sustituir con los fantasmas del miedo, y con principios excepcionales y feroces, los preceptos de la justicia”,⁸ fueron inmolados como reos de lesa majestad individuos acusados de traición, rebelión, sedición, reuniones nocturnas o clandestinas, imprecaciones, signos, gestos y otros hechos indiferentes realizados frente al soberano o de su imagen, criticar o censurar sus determinaciones, opinar o verter lágrimas sobre la suerte del Estado, omitir la denuncia de actos preparatorios de la futura comisión de estos delitos, haber manifestado la voluntad de perpetrarlos, etc., etc.⁹ Allende estas y otras infinitas variaciones, la idea era proteger a como dé lugar el dominio político y a sus detentadores, “cualquiera que sea la licitud del título por que lo hayan alcanzado”,¹⁰ considerando la agresión, no por el daño efectivo, ni siquiera el peligro a dicho dominio, sino según estimaciones subjetivas nacidas del capricho y el temor. Con efecto, el miedo, ese gigante negro del alma, es el sentimiento que brinda la clave de bóveda del monstruo horrendo, informe e ingente de la lesa majestad. De ahí el adelantamiento del magisterio punitivo hasta extremos inverosímiles, la desproporción de las penas, la falta de ofensa en muchos de los actos sancionados, la

⁷ Ruiz Funes, *Evolución del delito político*, p. 128, con cita de Manzini. El vislumbre de ofensividad en este pasaje de Beccaria es relevado por Garrido Montt, *Beccaria 250 años después*, p. 105.

⁸ *Programa de Derecho criminal*, p. 514 (§ 3918).

⁹ Es inoficioso proseguir esta lista, como también está lejos de nuestro propósito resumir la historia del título de lesa majestad. Bástenos remitir a Ruiz Funes, pp. 13-49, y Filangieri, *Ciencia de la legislación*, t. IV, pp. 170-192.

¹⁰ Ruiz Funes, p. 14.

ilimitación del círculo de los sujetos responsables, el castigo por hechos ajenos y, en general, un régimen tan excepcional que más parecía una aplicación del *ius belli* de antaño que el plexo de relaciones jurídicas que hoy llamamos *ius puniendi*.

Sabido es que con la codificación contemporánea la lesa majestad evoluciona en delito político, concepto transido de un talante benigno. Con todo, ni los nuevos delitos contra la seguridad del Estado ni, muy especialmente, otras formas de delincuencia evolutiva que se separarán del delito político desde finales del siglo XIX perdieron la mácula de origen del concepto de lesa majestad, así como la naturaleza extrajurídica de las realidades subyacentes, su presentación diversiforme y la dificultad para considerarlas dogmáticamente; incluso el problema de describir sus hipotéticos rasgos comunes en una apreciación empírica. Tampoco desapareció el régimen excepcional ni la compacta severidad de la persecución y el castigo de las hazañas de los nuevos autores por convicción.¹¹ Más adelante habrá oportunidad de recordar tales formas evolutivas. De momento, interesa poner de relieve el parentesco que muestra el tratamiento jurídico de la vieja lesa majestad con una de ellas: el terrorismo.

La proximidad de lesa majestad y terrorismo se percibe de inmediato en la faceta procesal del asunto. Para nadie es un misterio que el resquebrajamiento de los principios punitivos y el desmonte de las paredes que circundan y contienen el ejercicio del derecho de castigar lucen con particular visibilidad en las reglas sobre jurisdicción y procedimiento de los hechos terroristas.¹² Esto es así, ya sea por las facultades acrecentadas y los poderes autónomos de la policía, la demora autorizada para que esta deje al inculpado a disposición de la judicatura, la facilidad de disponer, alargar y endurecer las condiciones de la prisión preventiva, la intervención de las comunicaciones del sospechoso, el empleo de agentes provocadores y soplones en la investigación, el premio jurídico o dinerario a delatores y felones, el castigo de la omisión de denuncia, el secreto de la investigación y otras modalidades de cercenamiento del derecho de defensa, la admisión de testigos o peritos sin rostro y de otras pruebas privilegiadas, impedimentos diversos en el régimen de recursos, etc. Pues bien, el crimen *de majestatis*, debido a la misma ausencia de delimitación jurídica que aqueja al terrorismo, se prestó para análogos abusos, que se

¹¹ Pese a las protestas del autor del concepto, Gustav Radbruch, que lo acuñó precisamente para los sujetos que realizan hechos delictivos motivados por una convicción política, religiosa o moral. Véase "El delincuente por convicción", pp. 405-417.

¹² Véase, por todos, Bustos Ramírez, "In-seguridad y lucha contra el terrorismo", p. 409.

convirtieron en un verdadero azote por el rigor de las formas procesales que le eran aplicables.¹³ El derecho común las simplificó so capa de hacer más solícito el procedimiento, pero, en verdad, con la mirada clavada en quitar toda garantía al paciente de la *inquisitio*. Ecos del pasado resuenan en la situación actual: al reo de lesa majestad no se comunicaba el nombre del delator, de los testigos ni otras pruebas en su contra, salvo que confesase el hecho con o sin tormento; podía ser condenado mediante simples presunciones; se le negaba la asistencia de un abogado; como contrapartida, sus denunciadores eran galardonados en metálico, sus compañeros compraban la impunidad acusándolo o testimoniando en su contra y, de ser calumniosa, la denuncia restaba impune; los hijos del denunciado podían declarar contra los padres, a lo que hacía condigna escolta el carácter transcendente de la responsabilidad penal, que englobaba a todo el grupo familiar, sin que existieran mecanismos de gracia, y así sucesivamente.¹⁴

El durísimo régimen penal propiamente dicho abarcaba una plétora de conductas, algunas muy alejadas de la ofensa a la seguridad del poder político y otras dirigidas contra bienes diferentes —como la falsificación de moneda— o desprovistas de la aptitud de conmovir bien jurídico alguno, como no fueren los intereses o temores de personas poderosas. Incluso respecto a hechos de auténtico contenido lesivo para bienes concretos, la preocupación por salvaguardar las condiciones del orden establecido desproporcionó las penas en términos tales que esos bienes quedaron en retaguardia, como simples pretextos con que abroquelar el orden.¹⁵ Confirma lo anterior la circunstancia de que la lesa majestad podía ser cometida de abajo hacia arriba, nunca desde el plano superior de la jerarquía política,¹⁶ en lo que hay que tener presente que las teorías proclives al tiranicidio fueron en el Medioevo y la Edad Moderna solo eso, reflexiones filosóficas,

¹³ Primero entre todos, el empleo de la tortura, la cual, sea dicho de pasada, ha sido una constante fáctica en el caso de los presos por terrorismo, sin nombrar su directo asesinato en las prisiones, presentado como hechos de suicidio, ajustes de cuentas por otros reos de terrorismo o venganzas de delincuentes comunes. Acerca de lo primero, Ruiz Funes, 23; para lo segundo, entre muchos, Massari, *Il terrorismo*, pp. 353 ss. Sobre el debido proceso en estos delitos, Ambos y Poschadel, "Terroristas y debido proceso", pp. 1-31.

¹⁴ Cf. Pertile, *Storia del Diritto italiano*, t. v, pp. 474-475. El ejemplo del Derecho penal común italiano se reproduce a pedir de boca en los restantes países europeos. Para España, Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, pp. 271-278.

¹⁵ "Todas las exacerbaciones, crueldades, extralimitaciones procesales que en otros casos no se permitirían, parecen aquí de perlas, invocando para justificarlas el peligro que el orden corre". Dorado Montero, "Los delitos políticos y los delitos contra la patria", p. 589.

¹⁶ Las excepciones de nobles e inferiores jerárquicos por desobediencias al rey no hacen sino confirmar el principio. Véase Massarone, *Politica criminale e Diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, pp. 26 y 27. Con razón la autora antepone al estudio del terrorismo un bosquejo de su antepasado histórico, la lesa majestad.

y permanecieron desconocidas a las fuentes positivas hasta la consagración del derecho a la resistencia en la tabla de los derechos del hombre de 1789.¹⁷ Pues bien, tampoco hay documento internacional o nacional de nuestro tiempo que castigue el terrorismo de Estado, mientras que el terror atribuido a los que están abajo, según una congerie de tratados, códigos y leyes punitivas, puede provenir de un plexo de conductas tan cuantioso como el espectro de las que antaño recibieron el calificativo de lesa majestad.

Asociar los rótulos de lesa majestad y terrorismo no solo tiene el respaldo de la historia. Hay, además, otro argumento que avala la operación. La lógica enseña que no se puede enunciar un concepto o los elementos de una proposición como existentes si tampoco es factible definir el concepto o reconstruir racionalmente la trama de los componentes del juicio. Dicho desde el envés del problema, cuando no se puede definir algo, es imposible saber si existe, con lo cual tampoco podemos indicar a los demás qué cosa es.¹⁸ Los conceptos indeterminados son conceptos irracionales o se inscriben en un nivel inaccesible a las capacidades humanas, como el mal o el bien absolutos, o Dios.¹⁹ *Delito de lesa majestad y terrorismo* comparten el pecado de la ilimitación, cuya natural consecuencia es la imposibilidad de reducirlos a una unidad conceptual jurídica, sin nombrar que la misma infinitud pone trabas irremontables incluso al afán de definirlos política, social o psicológicamente.

Nuestro examen del pseudoconcepto de terrorismo comenzará precisamente por la raíz empírica de la imprecisión de sus contornos. Luego, pasaremos somera revista a las complicaciones definitorias en el derecho internacional y el insatisfactorio panorama de los sistemas nacionales de tipificación. La clave de bóveda del problema, la relación ausente entre *terrorismo* y *bienes jurídicos*, permitirá sugerir la propuesta que da título a esta contribución. Si el terrorismo se subtrae de antemano a una definición legal o doctrinal, entonces no puede ser un concepto jurídicamente relevante. La política criminal debiera en esto postular la misma recomendación que llevó a cabo como norma positiva

¹⁷ Sobre la historia de la doctrina tiranicida, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, t. III, pp. 163-171.

¹⁸ Lo cual se relaciona con la imposibilidad lógica de definir los conceptos más concretos, por la falta en ellos de una diferencia específica. "La individualidad como tal es algo irracional, que puede ser intuita pero no lógicamente analizada". Hessen, *Tratado de Filosofía*, t. I, p. 214.

¹⁹ En la teología del formidable filósofo cordobés Maimónides, es inadmisibles usar atributos positivos para describir la esencia de Dios. Sus propiedades son atribuidas mediante negaciones, lo único al alcance del conocimiento humano. Pero, si "no hay otro medio que percibirlo mediante la negación, y no dándonos a conocer la negación absolutamente nada de la realidad de la cosa a que se aplica", lo mejor sería el silencio, como en el salmo: "Para ti, el silencio es alabanza". Maimónides, *Guía de descarriados*, pp. 214 y 215.

la ley toscana del Siglo de las Luces. La tarea consiste en disolver la unión artificial de elementos con que se compuso el terrorismo, reducir algunos de ellos a conceptos racionales e integrarlos en títulos conocidos de imputación. O sea que hay que transformar el terrorismo en delito común.

2. Raíz empírica de la dificultad de definir jurídicamente el terrorismo y diferenciarlo de otras especies de criminalidad evolutiva

Una de las escasas coincidencias en la dogmática penalista y la criminología acerca del terrorismo reside en la conciencia de la grave dificultad para definirlo jurídicamente y, antes que eso, reconducirlo a un concepto en el plano de los hechos individuales y sociales.

La raíz de la complicación es tríplice. El terrorismo, al igual que la denominada *criminalidad organizada*, muda constantemente de aspecto según las condiciones históricas, culturales y geográficas.²⁰ En seguida este carácter proteico, cambiante, repercute no solo a la hora de perfilarlo en un tipo delictivo —porque toda figura legal requiere abstracción conceptual, delimitación precisa, alcance general y fijeza en el tiempo—, sino, además, en el fundamento jurídico del delito o de los delitos en cuestión, ya que tampoco existe uniformidad de pareceres acerca de cuál sería el bien ofendido por los hechos terroristas, aparte de los bienes tradicionales que estos suelen lesionar o poner en concreto peligro, como la vida, la integridad corporal, la salud individual, la propiedad, etc. Por último, el empleo que suele concederse al término *terrorismo*, palabra de suyo henchida de una fuerte carga emocional, parece apartarlo del conocimiento científico, conspira contra una comprensión *sine ira et studio*. Más que a título de concepto susceptible de definición, con el consiguiente análisis de sus elementos, el terrorismo suele ser esgrimido como un arma de descalificación política y demonización social.²¹

²⁰ Véase, entre muchos, Middendorff, *Estudios de Psicología criminal*, pp. 21-35, que destacan la antigüedad del fenómeno y las múltiples formas de manifestación de su variedad internacional, así como Sinclair, *Storia del terrorismo*, p. 282, donde afirma algo por demás obvio: que “el terror no tiene límites y carece de una definición exhaustiva”.

²¹ Demonización, en el sentido de que el acto terrorista es presentado como algo inaccesible a toda comprensión racional, una realidad tan extraordinaria que se aleja radicalmente de la normalidad de la vida y se sumerge en las oquedades de lo sobrenatural, cual obra de la perversidad pura, del Maligno. Esto posibilita la ulterior consideración del terrorista como un enemigo también absoluto y ante el cual, por ende, no tendrían por qué regir las reglas comunes del ordenamiento jurídico. Cf. Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, p. 31.

Por lo pronto, la ciencia penal ha tropezado con el problema de diferenciarlo de los delitos evolutivos. Escipión Sighele y Guillermo Ferrero fueron pioneros en distinguir la criminalidad atávica y evolutiva, basándose para ello en los medios de ejecución, un criterio de primordial significación criminológica.²² Llamaron *atávica* a la criminalidad violenta o material, y *evolutiva* a la de carácter fraudulento o intelectual. Enrique Ferri prohibió esta terminología, pero la ilustró según un punto de vista psicosocial. En su versión modificada, delincuencia atávica sería la común, que puede manifestarse en la forma primitiva de energía muscular o en la fraudulenta, aportada por el refinamiento de las costumbres. A su vez, *evolutiva* es la criminalidad de signo político-social, aquella que, bajo cualquiera de esas dos formas, tiende a apresurar las fases futuras de la vida del Estado o de la organización de la sociedad. Estas dos clases pueden compartir métodos, por lo que son concebibles una delincuencia evolutiva de base atávica y otra atávica de base evolutiva;²³ pero lo que separa esencialmente a unas de otras, “de un modo independiente de la morfología diferente de violencia o de fraude, son los móviles por los cuales el autor del hecho es determinado, móviles de interés egoísta y antisocial, o móviles de interés altruista y social”. Por cierto, Ferri agregó la certera observación de que el interés de defensa contra la delincuencia evolutiva “se reduce a la minoría de las clases dominantes”.²⁴ Esta especie de criminalidad, que comprende la política, anarquista y social, luego enriquecida merced a la extensión de los móviles —políticos, religiosos o morales— que pueden animar al agente, hallaría su *pendant* subjetivo en el nombre que asignaría a los autores del hecho evolutivo la ciencia penal del siglo xx: delinquentes por convicción. En ello es útil tener presente que el delito evolutivo —o político en sentido lato—, aunque se cometa con medios violentos, posee un sentido de progresión que lo torna posible fontana de un aumento de la civilidad, lo cual no ocurre en el crimen atávico, que es regresivo y entorpece, en vez de adelantar, el perfeccionamiento de la cultura.²⁵

²² Y, en cambio, de escasa importancia para la ordenación dogmática de los delitos. Cf. Bianchi, Ferrero y Sighele, *Il mondo criminale italiano*, pp. 317-332.

²³ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, p. 180.

²⁴ *Sociología criminal*, II, p. 59. Véase, además, Ruggiero, *La violencia política*, pp. 27-28.

²⁵ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, pp. 179 y 211. En la p. 183 advierte, con razón, que “la delincuencia evolutiva no ha podido sustraerse a las transformaciones del mundo, y se ha ido modificando a medida que cambian los ideales y las preocupaciones de la humanidad. Los románticos motivos que impulsaban a los revolucionarios de otras épocas no son los móviles económicos que hoy inspiran a los autores de delitos sociales, aunque un nexo común les una: el sentimiento altruista de procurar el mejoramiento de toda la sociedad o de una clase determinada”. Sobre los

Este rasgo, retratado en la especial motivación del delito evolutivo, es constante en las formas históricamente más conocidas del género y explica que en todas ellas, sin excepciones, exista un componente político. El delito político en sentido estricto no puede ser definido convenientemente si se toma en cuenta solo el bien jurídico lesionado, ya que la acción puede vulnerar así la organización política de la comunidad —la seguridad del Estado— o los derechos resultantes de los ciudadanos, como bienes comunes, por ejemplo, la vida o la libertad ambulatoria. Lo decisivo en la calificación del hecho es el móvil del agente, que con aquel persigue preparar el avance político de un pueblo cuya libertad yace aherrojada por un Gobierno despótico, de lo que viene precisamente el régimen benigno que se acostumbra a acordar a los autores de actos de este jaez.²⁶ A su turno, el delito social, que se comete por causas fundamentalmente económicas y a través del cual los explotados buscan transformar la organización imperante de la propiedad, no admite una diferenciación neta de su pariente político puro. Toda organización económica de la sociedad responde en definitiva a una ideología política, del mismo modo que toda posición privilegiada en la posesión de los bienes se sustenta en un determinado sistema social, y para cambiar aquellas es preciso atacar a estos. Por último, el viejo delito anarquista, abstracción hecha de su ejecución aparatosa, tampoco difiere esencialmente del delito político, del que lo distingue el afán primordial de destrucción, típico de aquel y ausente en este, cuyo signo es creador o fecundo. El anarquismo, en todas sus versiones, aspira a la supresión del Estado y de toda forma de dominación entre los hombres. Hay, pues, que destruirlos, no ya cambiar la forma de gobierno o acrecentar el poder del pueblo para conseguir mediante el reformismo el adelanto de la civilidad. Pero aun reducido a su componente de individualismo extremo, el anarquismo va en pos de

efectos positivos del terrorismo en particular, cuya naturaleza de provocación contribuye a que los ciudadanos no den por descontada su libertad política, Laqueur, *Storia del terrorismo*, p. 294 (aunque sin cita del descubridor del rendimiento psicosocial positivo de la criminalidad en general, Emile Durkheim, *Las reglas del método sociológico*, pp. 115-118).

²⁶ Al criterio subjetivo, vigorosamente defendido por Jiménez de Asúa (*Tratado de Derecho penal*, pp. 207-216), se objetó que su triunfo dependía de adquirirse internacionalmente una definición objetiva de la única organización política contra la cual la subversión sería derechamente delictuosa y no merecedora de benignidad, además de que la historia del delito político demostraría que nunca estuvo vinculado a una forma política precisa, habiendo habido rebeliones contra democracias y contra regímenes tiránicos, indistintamente. Cf. Quintano Ripollés, "Delito político", p. 607. Aunque la realidad política de la hora, incluso en el continente Iberoamericano, parece ratificar este último punto de vista, el derecho internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial se ha pronunciado repetidas veces a favor de la democracia como única forma legítima de gobierno. Ahora bien, vistas sus imperfecciones, tampoco es de extrañar que sucedan a veces delitos políticos (o terroristas) en contra de regímenes democráticos.

finalidades políticas, solo que distintas de las apetecidas por quienes creen en la necesidad del Estado y del derecho público en general para la convivencia entre los hombres.

Pues bien, mientras los delitos político, social y anarquista forman una clase de infracciones caracterizada por el móvil generoso y un designio evolutivo, el terrorismo carece de unidad. Estamos ante un crimen o una serie de crímenes que ordinariamente se tipifican por la alarma que producen en una organización social o por el temor que infunden a su régimen político; expresado con la terminología de los bienes jurídicos, como delitos contra el orden público de la sociedad o contra la seguridad del Estado, siquiera no sean estos los únicos ofendidos, como antes se dijo. Tampoco las motivaciones del hechor nos procuran una categoría uniforme de maleficios. Si nos fijáramos en la esencia revelada por el motivo, el terrorismo pudiera ser un delito político, un delito social, otro anarquista o un crimen completamente común.²⁷ Por su parte, la criminología se limita a enseñar como peculiaridades del terrorismo que sus proezas son por definición violentas, pero de una violencia cuyo poder destructivo aparenta poseer aquello de que sus autores no disponen, fuerza militar;²⁸ que las víctimas pueden ser magnates o personajes públicos, pero también personas desconocidas que accidentalmente se hallaban en el lugar del atentado, y, por último, que el fin inmediato del ataque es causar intimidación pública, con mayor exactitud, producir temor en el grupo de individuos, despersonalizado por el fanatismo terrorista a que pertenecen o pertenecían los atacados.²⁹

Esto aparte, la criminología alienta dudas sobre la integridad conceptual del fenómeno.³⁰ De hecho, las definiciones que ocasionalmente brinda del terrorismo no son tales, porque tampoco superan una enumeración descriptiva de las notas más o menos frecuentes de estas prácticas, resultan alicortas o, al revés, se entregan a un absolutismo parecido al de la vesania achacada a los terroristas. Que el terrorismo se considere “una

²⁷ Rotundo al respecto, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, t. II, p. 1173.

²⁸ “Lo que las organizaciones terroristas hacen puede describirse como una sangrienta pantomima en la que se pretende simular fuerza militar mediante actos de violencia personalmente aleatoria [...] con la intención de provocar así una reacción del Estado que consolide la posición del colectivo terrorista como agente político”. Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, pp. 71-72. Sobre la violencia terrorista, véase también Middendorff, *Estudios*, pássim.

²⁹ La despersonalización, también llamada categorización, consiste en una simplificación psicológica de la realidad que lleva al terrorista a considerar a todos los sujetos que forman el círculo de potenciales víctimas como objetos intercambiables, indiferentes y, al cabo, deshumanizados. Se trata, en el fondo, de una técnica de neutralización de las inhibiciones, usualmente alimentada por el fanatismo. Cf. Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, pp. 65-66. Acerca del fanatismo en estos individuos, la negación de todo lo que existe fuera de sus ideas, Middendorff, *Estudios*, p. 25.

³⁰ El mismo recelo embarga a sus historiadores, como en la conocida obra de Laqueur, *Storia del terrorismo*, pp. 13, 14, 16 y 195.

sucesión premeditada de actos violentos e intimidatorios ejercidos sobre población no combatiente y diseñados para influir psicológicamente sobre un número de personas muy superior al que suman sus víctimas directas y para alcanzar así algún objetivo, casi siempre de tipo político”,³¹ ignora que son considerados terroristas hechos de agentes aislados e individuales y estragos en que nadie sufrió siquiera un rasguño, salvo acaso el propio autor. Este pecado por defecto se transforma en el pecado por exceso de otras definiciones. El terrorismo pasa a ser aquí sinónimo de violencia política pura, ciega venganza desencadenada colectiva e indiscriminadamente contra una población civil, no en perjuicio de una víctima precisa, sino para abrumar a enteras comunidades definidas por su nacionalidad, etnia, credo religioso o político.³² Otros divisan en el huidizo concepto la manifestación de una “antropología negativa, alimentada por un instinto de muerte y generada por un odio que produce aislamiento, desconfianza, clausura, desprecio de la existencia y del vivir”, la “celebración violenta, inútil y gratuita del resentimiento”.³³ En otras palabras, la deshumanización y satanización del enemigo, estrategias que emplearía el terrorismo para rebajar moralmente a los poderes hostilizados por él,³⁴ deja de ser la técnica de neutralización consistente en negar a la víctima y el paso preliminar de un mensaje destinado a dar una orientación clara a los grupos comprometidos en la lucha de y contra estos sujetos.³⁵ Este género de definiciones, mientras sumen el concepto en el abismo insondable de la brutalidad irracional, acaban por presentarlo como aquello que no es, ni podría nunca llegar a ser, un mal absoluto.

Por lo demás, la revisión crítica de un abanico más amplio de aspectos que permitirían determinarlo dentro de la realidad criminal ratifica la insuficiencia de la apreciación criminológica. Se afirma que signos típicos del terrorismo son el ataque violento contra la vida y seguridad de seres humanos, realizado con la finalidad de intimidar a la población o coaccionar a un Gobierno, que recae sobre víctimas inocentes, es cometido por particulares que se oponen al poder estatal, persuadidos de la justicia de su causa, organizados en estructuras grupales que operan con teatralidad y, a la vez, sin reproches de conciencia. Pero de nuevo la terca heterogeneidad del fenómeno impone la conclusión de que “con estas variables no podemos trazar una definición simple (o incluso una

³¹ De la Corte Ibáñez, *La lógica del terrorismo*, p. 43.

³² Así, Ruggiero, *La violencia política*, cf. p. 188.

³³ Berardi, *Il Diritto e il terrore*, p. 193.

³⁴ Cf. De la Corte Ibáñez, *La lógica del terrorismo*, pp. 247 y 248.

³⁵ Certero al respecto, Ruggiero, *La violencia política*, pp. 177 y 178.

definición compleja) del terrorismo. La razón es que no todos estos factores aparecen siempre” y, antes bien, “para cada uno de ellos puede aducirse contraejemplos”³⁶ en los que no está el factor, pero sí comparece de inmediato la etiqueta política, social o jurídica de terrorismo. Pues bien, como este definitivamente no presenta elementos constantes en la fenomenología criminal, si no se dan en él elementos necesarios y suficientes, baldío será el afán de encerrarlo en una definición. Como explica Fletcher, solo resta considerarlo un crimen superlativo, diverso cualitativa y cuantitativamente de cualesquiera delitos comunes, análogo a la guerra, indefinible, pero en el que necesitamos creer: un tabú.³⁷

La “nebulosa conceptual”³⁸ del terrorismo en la criminología plantea a la dogmática penal nacional e internacional un desafío mayúsculo. La ciencia del derecho presupone una formación conceptual de su materia prima y solo puede trabajar a partir de conceptos prejurídicos con los que deviene posible elaborar los conceptos jurídicamente relevantes. Dado que existe una determinación material de la forma jurídica, así también la dogmática “no es producción conceptual primitiva, como las ciencias naturales, sino trabajo conceptual de segundo grado”.³⁹ ¿Cómo pudiera construir el concepto de terrorismo, cuya base es evidentemente un fenómeno social, si las ciencias sociales no aciertan a dar con su propio concepto? No habiendo producción conceptual primitiva, ¿de dónde se tendrían que obtener los fundamentos para una producción conceptual de segundo grado? La especial dificultad interpretativa que rodea a los elementos típicos de los delitos de terrorismo, complicación que aparece por doquier y cuyas respuestas doctrinales a menudo dejan el regusto de la arbitrariedad, enraíza precisamente en que todos los componentes típicos —descriptivos, subjetivos y normativos— confieren tratamiento jurídico a conceptos no jurídicos en su origen. Si estos faltan, aquellos resultan ingobernables, siendo vana tarea la de subsumir con seguridad ciertos hechos de incógnita individualidad científica en supuestos normativos solo definidos por el epígrafe de la ley que los castiga. Siendo así, el desafío adquiere tonos todavía mayores que lo gigantesco: se torna de ejecución irrealizable.

³⁶ Fletcher, “The indefinable concept of terrorism”, pp. 910-911.

³⁷ *Ibíd.*, pp. 895 y 900.

³⁸ Zaffaroni, conferencia “Globalización y crimen organizado”, p. 7, en la que apunta lo siguiente: “Comparando las legislaciones nacionales se tiene la sensación de que se trata de una caja vacía en la que se colocan —indefectiblemente— los crímenes de destrucción masiva indiscriminada, pero seguidamente se introducen en la caja toda clase de elementos según quién sea el disidente, el enemigo o el estigmatizado”.

³⁹ Radbruch, “Idea y materia del Derecho”, p. 40.

Por dos vías diferentes, pero desde idéntico impedimento en la partida, el empeño ha quedado frustrado en el derecho internacional y los ordenamientos internos.

3. Complicaciones en el derecho internacional

Hoy por hoy se asume que el hecho de no haberse alcanzado una definición general del terrorismo en el derecho internacional público obedece a razones políticas.⁴⁰ Tal vez ilustre mejor este singular fracaso la circunstancia de que el terrorismo es un ruedo sin fronteras en que vínculos políticos, no ya relaciones jurídico-internacionales, pugnan por determinar cada uno a su manera los contornos precisos del campo en que pretenden librar la batalla contra el fenómeno. Tales complicaciones se presentan por partida doble, menos en los crímenes de trascendencia internacional y peligro cosmopolita, más en el empeño de encajar el terrorismo entre los auténticos crímenes internacionales o de ponerlo como paso intermedio hacia estos.

Los primeros, que comprenden delitos comunes a distancia y de tránsito, pero también crímenes contra bienes que en todas partes se considera dignos de protección, como la seguridad del tráfico marítimo y aéreo, las relaciones monetarias, la defensa ante tratantes de personas, migrantes, etc., se caracterizan porque su fuente son tratados internacionales que obligan a cada Estado signatario a criminalizar y perseguir los hechos según su legislación interna. Materialmente hablando, se caracterizan porque no ofenden bienes cuyo titular es la comunidad humana, a diferencia de los genuinos crímenes internacionales, sino otros de pertenencia estatal o comunes a todos los Estados civilizados.⁴¹ Se comprende que las naciones hayan ensayado primero esta vía para tipificar los actos de terrorismo mediante múltiples convenciones denominadas *sectoriales*. La mayoría de los acuerdos sobre apoderamiento y desvío de aeronaves, piratería en

⁴⁰ Así, entre otros, Regueiro Dubra, *La legítima defensa en el Derecho internacional*, pp. 247-264, y Di Stasio, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, pp. 28-29: "Lo que hasta ahora ha impedido adoptar una definición de terrorismo de nivel mundial ha sido justamente el intrínseco valor político del término. Elaborar una definición omnicompreensiva significaría trazar los confines, no sólo con respecto de tipos de delito de la misma clase penados al interior de los sistemas penales nacionales (por ejemplo, homicidio y secuestro), sino, sobre todo, respecto de conductas consideradas legítimas por el Derecho internacional o, en todo caso, reguladas por instrumentos internacionales distintos de las convenciones sobre el terrorismo, particularmente por el Derecho internacional humanitario".

⁴¹ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, t. II, pp. 1170-1171; los aspectos procesales del asunto son resaltados por Ambos, "Creatividad judicial en el Tribunal especial para el Líbano", pp. 160-161.

alta mar, atentados o secuestros de personas protegidas internacionalmente, empleo de explosivos y otros⁴² no contienen referencias expresas al terrorismo ni exigen finalidades especiales para reconocer su semblante en las acciones respectivas, a cuyos responsables los Estados se comprometen a extraditar o juzgar por lo que hicieron, hechos de significado transnacional, nada más.⁴³ Este sistema puede resultar casuista, incluso enfadoso y germen de lagunas de impunidad, pero tiene la ventaja de que no acomete por su cuenta la improbable empresa de configurar una noción abstracta del terrorismo, tiene más chances de cumplir las demandas del principio de taxatividad (*nullum crimen sine lege certa*), evita la peligrosa manía de entrometer fines en los tipos y, sobre todo, no tiene por qué cohonestar que se diseñe sobre él un régimen penal y procesal penal de excepción a costa de los reos. En síntesis, la virtud de estos convenios yace precisamente en su deliberada limitación —describir y prohibir injustos comunes— aunque de evolución cosmopolita, como antes manifestamos.⁴⁴

En cambio, convenios de alcance global o regional, animados del inconfeso designio de convertir el terrorismo en un puente entre los delitos anteriores y los genuinos crímenes internacionales, se han encargado de efectuar la añorada tipología excepcional para los delitos terroristas y el procedimiento con que lidiarlos. Por lo pronto, la mácula afecta a la Convención Interamericana Contra el Terrorismo (2002). No porque acuñe una definición omnicompreensiva de los hechos que entrarían en consideración, que para la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos son los mismos

⁴² Entre las más importantes, están el Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Actos de Terrorismo Cometidos a bordo de Aeronaves (1970), Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (1970), Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (1971), la Convención sobre Prevención y Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (1973), Convención contra la Toma de Rehenes (1979), Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares (1980), el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (1971), el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima (1988), el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas emplazadas en la Plataforma Continental (1988), el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas (1997) y el Convenio Internacional para la Represión del Terrorismo Nuclear (2005).

⁴³ Aparente excepción es la Convención de 1979 sobre Toma de Rehenes. Su artículo 1.º exige que el delito se cometa con la finalidad de constreñir a un Estado, una organización intergubernamental, una persona física o jurídica o un grupo de personas, a realizar o abstenerse de realizar un acto cualquiera. Como salvedad a la regla de los convenios sectoriales la estima Di Stasio, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, p. 42. Sin embargo, la amplitud de posibilidades comprendidas en la finalidad ultratípica, así como el número y la calidad de los destinatarios de la exigencia, no diferencian en nada la toma de rehenes de un corriente secuestro extorsivo ni tampoco franquean el camino para presentir en la Convención un concepto de actos terroristas.

⁴⁴ Semejante, Massarone, *Politica criminale e Diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, pp. 102 y 103.

señalados en los convenios sectoriales,⁴⁵ sino por posibilitar el traslado de inculpados o condenados de un país a otro con fines testimoniales, de identificación y probatorios (artículo 10), negar a los hechos la calidad de delitos políticos —con lo que implícitamente se admite que lo son— (artículo 11) y prohibir refugio y asilo a los sospechosos (artículos 12 y 13). Naturalmente, “las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta convención se llevarán a cabo con pleno respeto al [*sic*] Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales” (artículo 15). Si es por esto, llama poderosamente la atención que un documento americano guarde riguroso silencio sobre el terrorismo de Estado.⁴⁶ Por su parte, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado por Naciones Unidas en 1999, extiende el concepto desde los hechos previstos en los tratados sectoriales a “cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo” (artículo 2, letra *b*). Suponiendo que el elemento circunstancial en que ocurren los hechos es una guerra internacional o intestina, este terrorismo, en verdad, constituye una evidente violación de leyes elementales del *jus in bello* y, por ende, un prototípico crimen de guerra.⁴⁷ No obstante, la ritualidad de excepción, desacostumbrada en este, aparece con prontitud en aquel: retroactividad de las disposiciones sobre extradición (artículo 11), desconocimiento del secreto bancario (artículo 12), exclusión de la calidad de delito político (artículo 14), traslado internacional de inculpados o condenados para delatar a otros o testimoniar en su contra (artículo 16), y otros.⁴⁸

⁴⁵ Véase, *supra*, nota 42. El artículo 2 de la Convención Americana remite, además, los delitos establecidos en el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que prestan Servicios a la Aviación Civil Internacional (1988) y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999). Por su fecha, no alcanzó a referirse al Convenio sobre el Terrorismo Nuclear, de 2005.

⁴⁶ Lo denuncia una especialista chilena en la materia, Villegas Díaz, “Convención Interamericana contra el Terrorismo”, p. 178.

⁴⁷ Tipificado en los artículos 8, apartado 2, letra *b*, acápite *i*, y letra *c*, acápite *i*, del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, hay quien piensa que el terrorismo del Convenio puede darse en tiempos de paz. Cf. Valsecchi, “La definizione di terrorismo quale esempio dell’efficacia e della vincolatività delle fonti internazionali nell’ordinamento italiano”, pp. 102-103.

⁴⁸ Uno de los aspectos más problemáticos y menos estudiados en sus implicaciones constitucionales y penales de esta y otras fuentes internacionales y nacionales acerca de la “criminalidad organizada” concierne a la imposición

El círculo se amplía aún más en la decisión marco número 475 del Consejo de la Unión Europea, sobre “*Lucha contra el terrorismo*” (publicada en el *Diario Oficial* de la Unión Europea número 164, de 22 de junio de 2002). La nomenclatura bélica que inflama al título halla condigna traducción, no tanto en los delitos catalogados en el artículo 1.º como *terrorismo* —todos los cuales son comunes, de trascendencia supraes-tatal⁴⁹ o, a lo sumo, de estampa política—,⁵⁰ sino en la finalidad del hechor: intimidar gravemente a una población, obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional. Aunque en su hora habrá que invertir algunas palabras sobre el papel que asumen estos elementos subjetivos de lo injusto en la estructura antijurídica impresa al terrorismo, injusto que toca cotas tan elevadas que acaban por poner en sordina la ofensa efectiva de los bienes de sus infelices víctimas anónimas, nótese cómo las finalidades contempladas alternativamente posibilitan la persecución como terroristas de quienes ejecutan actos de protesta urbana o protagonizan un motín penitenciario y, en desquite, dejan impunes atentados que no persiguen atemorizar a la colectividad.⁵¹ Esto aparte, el espectro de la lesa majestad se insinúa en la desproporción de las penas, “superiores a las que el derecho interno prevé para tales delitos cuando no concurre la intención especial requerida en virtud del apartado 1 del artículo 1.º” —como en el derecho anterior a la Leopoldina— y, tratándose de dirigentes, miembros o mecenas de agrupaciones terroristas, no inferiores a quince y

de cargas de vigilancia a instituciones bancarias, financieras y ciertos profesionales, lo que dicho en buen romance equivale a transformarlos en esbirros. Al respecto, Adriasola, *La financiación del terrorismo y el lavado de dinero*, 32-57. Esta “leva civil”, una policía especial que confiere “a sus integrantes rango de centinelas y un estatuto militarizado, según un código de derechos y obligaciones exigible, no sólo bajo responsabilidad administrativa, sino, también, bajo responsabilidad penal”, es anunciada en el artículo 18 del Convenio de las Naciones Unidas. Recogemos las citas de Cervini et al., “Lei de lavagem de capitais”, p. 177.

⁴⁹ Atentados contra la vida o integridad física de una persona, secuestro o toma de rehenes, destrucción de instalaciones públicas, sistemas de transporte o informáticos, propiedades privadas, apoderamiento de naves o aeronaves, fabricación, tenencia o porte de armas de fuego, explosivas, nucleares, biológicas o químicas, incendios y estragos, perturbación o interrupción de servicios de suministro de agua, electricidad, etc., y amenaza de cometer tales hechos.

⁵⁰ Ya que, como pide el mismo artículo de la Decisión Marco, “*por su naturaleza o contexto*” los delitos han de poder “*lesionar gravemente a un país o a una organización internacional*”. La norma, empero, no se cuida de advertir que las organizaciones debieran ser de carácter público.

⁵¹ Cf. Di Stasio, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, pp. 60-61, y Gómez Martín, “Notas para un concepto funcional del terrorismo”, p. 63. Con verdad escribe el profesor catalán que “la normativa internacional en la materia [...] no resulta particularmente útil en orden a la construcción del concepto que nos ocupa” (p. 61).

ocho años de privación de la libertad (artículo 5); el fomento premiado de la delación y la soplonería (artículo 6, la vieja talla del derecho penal del absolutismo), y la responsabilidad de personas jurídicas (artículo 7). No olvidamos la decisión marco número 584 del Consejo de la Unión Europea relativa al mandato de arresto europeo y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros (2002), que enlista el terrorismo entre los delitos que permiten la entrega sin el requisito de la doble incriminación.⁵²

Aun si el terrorismo fuese lo que no es, un crimen internacional, tampoco se le destinaría medidas penales y procesales de tan draconiana catadura. No lo hicieron los Convenios de Ginebra de 1937 sobre Terrorismo y Tribunal Penal Internacional. Es verdad que las conductas enunciadas en el largo artículo 2.º del Convenio principal (atentados contra la vida, integridad corporal, salud o libertad de Jefes de Estado y sus cónyuges u otras personas revestidas de funciones o cargos públicos, destrucción o daño de bienes públicos, peligro común para vidas humanas, y algunos más), recibieron allí la calificación de *terroristas* por la dirección contra un Estado y la finalidad de “*provocar el terror en personalidades determinadas, grupos de personas o en el público*” (artículo 1.º). Pero no es menos cierto que estos documentos no las sometieron a reglas distintas de las ya conocidas para crímenes de trascendencia cosmopolita, reserva hecha de la creación de un Tribunal Penal Internacional, anunciada en el artículo 46 del Convenio complementario, al que la Segunda Guerra Mundial dejó sin efectividad.⁵³ Todavía hoy el terrorismo opone tenaces obstáculos a su consideración como crimen internacional. De hecho, no lo nombra el Estatuto de la Corte Penal Internacional, omisión en que fueron decisivas la falta de una definición universalmente aceptada y, sobre todo, el nimbo político que rodea a la abrumadora mayoría de los hechos en palabra.⁵⁴ Reputados especialistas lo estiman como un delito transnacional especial, más próximo a los crímenes internacionales que los delitos cosmopolitas corrientes, acaso en camino hacia el nivel supremo de los auténticos crímenes contra la comunidad humana.⁵⁵ Sin embargo, que consiga hollar ese peldaño depende de una exigencia de objetividad jurídica y titularidad pasiva que el terrorismo, aun teniendo en cuenta la imprecisión de sus contornos fenoménicos y la consiguiente imposibilidad de definirlo con las pinzas del derecho, no parece estar

⁵² Massarone, *Politica criminale e Diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, pp. 59 y 60.

⁵³ Sobre el particular, cf. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, t. II, pp. 1173-1181, y “Terrorismo”, pp. 55-74.

⁵⁴ Semejante, Di Stasio, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, p. 82.

⁵⁵ Cf. Ambos, “Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano”, pp. 166 y 167, así como Ambos y Timmermann, “Terrorism and customary international law”, p. 38.

en condiciones de satisfacer. Puede que el terrorismo ofenda bienes estatales, incluso intereses de muchos Estados, amén de los bienes individuales cuya salvaguarda proclama con boato el preámbulo de las convenciones respectivas. Lo que brilla por su ausencia es la lesión de un objeto de tutela que importe al conjunto de la comunidad humana. No sorprende, pues, que haya autores para quienes los hechos terroristas no caben jamás en los crímenes descritos por el Estatuto de Roma, ni otros que piensan que hechos terroristas de extrema gravedad podrían constituir crímenes de guerra o contra la humanidad, pero a los que habría que castigar en tal y ninguna otra calidad.⁵⁶

En su lugar, asombra que convenios regionales o mundiales traten el terrorismo como delito político, solo que evitando esta calificación e imprimiéndole solapadamente el régimen de los antiguos delitos políticos, el marchamo excepcional típico de la cantera inagotable, amorfa y atronadora de la lesa majestad.

4. Disimilitudes de los regímenes nacionales de tipificación

El ayuno de individualidad jurídica y la inmensa variedad de manifestaciones del terrorismo son antecedentes que presagian el contraste que exhibe su tipificación en los ordenamientos nacionales.

Las desemejanzas aparecen por doquier: el emplazamiento formal de las figuras, en el Código Penal o la legislación especial; los delitos comunes que se toman como soporte de la construcción del delito terrorista; los epifenómenos del hecho principal, en especial, la complicidad y la apología del terrorismo; si este se perfila a remolque de otro, en general, las asociaciones ilícitas, o con alguna autonomía; sobre todo, gran desacuerdo reina en torno de la disyuntiva de caracterizarlo objetivamente, conforme al bien jurídico primordial, subjetivamente, con arreglo a los fines inmediatos —no las motivaciones, porque estas podrían ser políticas⁵⁷— del autor, o mediante una combinación de ingredientes objetivos y subjetivos. El sencillo panorama que presentamos a continuación atiende nada más que a la última pareja de factores, la autonomía o dependencia típica del terrorismo y, por otro lado, la estructura de su tipo de lo injusto, en lo que hemos

⁵⁶ De esta opinión, Ambos, "Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano", p. 173.

⁵⁷ De serlo, tendría que aplicársele el estatuto particular de los delitos políticos. En el mismo sentido, Jiménez de Asúa, "Terrorismo", pp. 62-63.

de dejar para el próximo acápite el epítome del misterio de su definición, a saber, el bien jurídico que ofenderían estas prácticas.

Si bien todos los sistemas de regulación del terrorismo trasuntan amenazas para la legalidad penal, estas son mayúsculas en el sistema de previsión autónoma. Lo ha ensayado varias veces el Perú, primero el Código de 1991 (artículo 319) y después el decreto-ley 25.475, de 6 de mayo de 1992, ambos con fórmulas vaporosas y ultrajantes del principio de determinación de las leyes penales.⁵⁸ En su versión original, el Código dejaba mucho que desear en la compatibilidad de sus numerosos delitos de terrorismo con la máxima legalista.⁵⁹ La forma básica del maleficio, aquejada de incontenible casuismo, era un paradigma de los tipos *de caucho*⁶⁰; contruidos a partir de él, quedaban equiparados a su penalidad simples actos de participación, para colmo, sobremanera inciertos (artículo 321); además, se punía actos preparatorios de los individuos agrupados para “*instigar, planificar, propiciar, organizar, difundir o cometer actos de terrorismo*”, con independencia de la pena que pudiese corresponderles por el hecho principal (artículo 322), recibían premio la delación y la soplonería (artículo 324), etc. La vigencia formal de tamaños preceptos sería efímera. Derogados por el decreto ley 25.475, el nuevo estatuto mantuvo, empero, el borrascoso esquema general del Código, solo que ampliando hasta el delirio la cabida de las inciertas descripciones y exasperando la punición inmisericorde de la disciplina anterior.⁶¹ Por su parte, el Decreto ley 25.659, complementario

⁵⁸ Nos extendemos acerca de esto y las reiteradas condenas que sufrió el país ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos”, pp. 171-192.

⁵⁹ En su hora pusimos de relieve los gruesos deméritos del texto peruano en este punto. Cf. Guzmán Dalbora, “El nuevo Código Penal del Perú (1991)”, pp. 653-654.

⁶⁰ Artículo 319: “El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o terror en la población o en un sector de ella, realizando actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la seguridad personal o la integridad física de las personas, o contra el patrimonio de éstas, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando para tales efectos métodos violentos, armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad social o estatal, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez años”.

⁶¹ Transcribimos a continuación, para comodidad del lector, los artículos del decreto ley que interesan aquí. Estas disposiciones, así como las que se copia en la nota sucesiva, están recogidas de Villavicencio Terreros, *Código Penal comentado*, pp. 603-614.

Artículo 2: “El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o ar-

del anterior, construyó una hipótesis agravada de terrorismo y la bautizó con el nombre de *traición a la patria*, en que cada una de las múltiples modalidades⁶² recibía una misma e indivisible sanción: la pérdida perpetua de la libertad (artículo 3.º). Puesto que estas figuras carecen de toda delimitación en los núcleos típicos, el ejercicio de desentrañar el o los bienes jurídicos que ellas vulnerarían es impracticable.⁶³ Influida por el peruano, el Código de Colombia (2000) plantea parecidas interrogantes de tipificación y objetividad jurídica,⁶⁴ aunque también de inherencia y proporcionalidad, porque la cláusula que ordena acumular las penas del terrorismo a los maleficios sin los cuales no se lo podría perpetrar (*“los demás delitos que se ocasionen con esta conducta”*), deja en la penumbra

tifactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte años”. La pena debía ser perpetua si el sujeto era dirigente de una organización terrorista, y no menor de treinta años de privación de la libertad para los simples miembros de esta (artículo 3.º). A su turno, el artículo 4.º castigó con veinte años de prisión al que “de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios o realiza actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos comprendidos en este Decreto ley o la realización de los fines de un grupo terrorista”. Con términos así de inexpressivos, es de suponer que la interpretación auténtica contextual, desplegada en los seis acápite sucesivos, no conseguía en absoluto precisar qué debía entenderse por “actos de colaboración”. El artículo 5.º impuso la misma pena del terrorismo propiamente dicho (veinte años) a “los que forman parte de una organización terrorista, por el solo hecho de pertenecer a ella”, con la consiguiente posibilidad de acumularla a la primera. Y no mayor de doce ni menor de veinte años de privación de la libertad es el castigo anunciado a la incitación o instigación al terrorismo (artículo 6.º).

⁶² Artículo 1: “Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2.º del Decreto ley número 25.475, cuando se emplean las modalidades siguientes: a) utilización de coches bomba o similares, artefactos explosivos, armas de guerra o similares, que causen la muerte de personas o lesionen su integridad física o su salud mental o dañen la propiedad pública o privada, o cuando de cualquier otra manera se pueda generar grave peligro para la población; b) almacenamiento o posesión ilegal de materiales explosivos, nitrato de amonio o los elementos que sirven para la elaboración de este producto o proporcionar voluntariamente insumos o elementos utilizables en la fabricación de explosivos, para su empleo en los actos previstos en el inciso anterior”. Artículo 2: “Incurrir en delito de traición a la patria: a) el que pertenece al grupo directivo [sic] de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente; b) el que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas; c) el que suministra, proporciona, divulga informaciones, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior”.

⁶³ En el plan del Código aparecían entre los delitos contra la tranquilidad pública, en el capítulo II del título XIV, libro II.

⁶⁴ Artículo 343, inciso primero: “El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez a quince años y multa de mil a diez mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta”.

cuál es el bien que aquel ofendería —según el Código, la seguridad pública⁶⁵—. En todo caso, la entidad de las puciones mueve a pensar que, de haber alguno, importa poco menos que la vida de las personas y más que su salud o libertad, cuyos atentados determinan penas menores.

La técnica de regular el delito terrorista a partir de las asociaciones ilícitas es usual en el panorama comparado, aunque no de idéntica factura en los países que la prefieren. En este sistema se puede distinguir dos variedades, una simple y otra compleja. Ejemplo puro de la primera modalidad lo proporciona el Código Penal alemán. El párrafo 129 a —al que se remiten también los párrafos 89 a y b, sobre preparación de hechos de violencia graves y peligrosos para el Estado— contempla una figura agravada de asociación ilícita cuyo objeto es la comisión de ciertos crímenes (homicidio, asesinato, genocidio, contra la humanidad o de guerra, lesiones, algunos delitos de peligro común, contra el ambiente y de armas), que se califica de terrorista si ellos “*están destinados a atemorizar gravemente a la población, coaccionar antijurídicamente, con la fuerza o la amenaza de la fuerza, a una autoridad pública o una organización internacional, remover o menoscabar gravemente las estructuras fundamentales política, constitucional, económica o social de un Estado o a una organización internacional, y que por su modo de ejecución o sus efectos pueden perjudicar gravemente a un Estado o a una organización internacional*”. Al margen de los aprietos que el régimen tudesco trae calcados de su fuente, la decisión marco del Consejo de Europa,⁶⁶ un grave dilema surge a propósito del objeto de tutela, el mismo de la figura básica y que para algunos serían la paz o el orden públicos, para otros la seguridad interna, sin que falte el parecer de que se protegería los bienes comprometidos por los delitos que apetece el calendario criminal de la organización, como una suerte de injusto anticipado o parcial.⁶⁷ En otros Estados que prohíjan este sistema, como Portugal, se entiende el bien jurídico en el sentido de que la ley dispensaría una

⁶⁵ En el mismo sentido, Fakhouri, ¿Que es el terrorismo?, p. 88, y Orozco, *Combatientes, rebeldes y terroristas*, p. 178. Agradezco estas referencias al profesor doctor Alejandro Aponte Cardona y a su asistente de investigación, Ligia María Vargas.

⁶⁶ Véase, *supra*, texto y notas 49, 50 y 51.

⁶⁷ Un resumen de estas opiniones en Ostendorf, *Strafgesetzbuch*, t. II, pp. 2735-2336 y 2747; Maurach, Schroeder y Maiwald, *Strafrecht*, t. II, p. 401; Kindhäuser, *Strafrecht*, t. I, p. 217; Arzt y Weber, *Strafrecht*, p. 93 (donde anotan que la asociación terrorista se distinguiría de la común, teóricamente, por la gravedad de los crímenes de su objeto social y, en términos prácticos, por su motivación política), y Lenckner, *Strafgesetzbuch*, p. 1091. Por una usurpación del monopolio estatal de la violencia se decanta Cancio Meliá, “Zum Unrecht der Kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung”, pp. 48-50.

protección anticipada cuando la seguridad y tranquilidad públicas, aun no necesariamente perturbadas, se ven bajo un especial peligro de perturbación por la sola existencia de esta ralea de organizaciones.⁶⁸ Por su parte, el Código austríaco prevé una causa eximente especial harto indicativa de la alta conciencia política del legislador del país. No se considera terrorista la asociación cuyos hechos delictuosos —entre los que se enumera homicidios, lesiones, secuestros extorsivos, amenazas, coacciones, estragos y piratería aérea— “se dirigen a establecer o restablecer las condiciones democráticas y propias del Estado de derecho, o al ejercicio o la salvaguarda de derechos del hombre”.⁶⁹

El Código Penal italiano pertenece a la modalidad compleja del sistema comentado. Sanciona con gravísimas penas, que pueden alcanzar quince años de privación de la libertad, a los que participan en asociaciones cuyo propósito es realizar actos de violencia destinados al terrorismo o a la eversión del orden democrático (artículo 270 *bis*). En 2005, al hilo de la decisión europea de tres años antes, se incluyó para este delito “contra la personalidad del Estado” una interpretación auténtica de la finalidad terrorista, también con la mira de resolver el nudo interpretativo que hasta ese instante suscitó el binomio terrorismo-eversión,⁷⁰ según la cual se considera tales “las conductas que, por su naturaleza o contexto, pueden acarrear grave daño a un país o a una organización internacional y son realizadas con el fin de intimidar a la población, constreñir a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar o abstenerse de realizar un acto cualquiera, o a desestabilizar o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas y sociales de un país o de una organización internacional,

⁶⁸ Cf. Figueiredo Dias, *Comentário conimbricense do Código Penal*, t. III, p. 1157. La organización terrorista del artículo 300 del Código portugués contiene una interpretación auténtica contextual que declara como tal a “toda agrupación de dos o más personas que, actuando concertadamente, tienen como objetivo perjudicar la integridad o independencia nacionales, impedir, alterar o subvertir el funcionamiento de las instituciones del Estado previstas en la Constitución, forzar a la autoridad pública a realizar, abstenerse o tolerar la realización de un acto, o intimidar a ciertas personas, grupos de personas o la población en general mediante la realización de crímenes”.

⁶⁹ Parágrafo 278 b, párrafo 3: “Die Tat gilt nicht als terroristische Straftat, wenn sie auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten ausgerichtet ist”. Que el hecho no valga como terrorista parece denotar una causa de atipicidad, muy en línea con los códigos hispánicos del siglo XIX, que disponían que la rebelión, el máximo delito contra la seguridad interior del Estado, requiere un alzamiento a mano armada “contra el gobierno legalmente establecido”. Así lo dispone aún el artículo 121 del Código Penal chileno, que data de 1874. El ejercicio legítimo del derecho de resistencia contra tiranos, paladina causa de justificación, funciona aquí técnicamente como situación de atipicidad.

⁷⁰ Estas expresiones, tomadas del lenguaje político, podían ser estimadas como una endiádis del mismo concepto, ya que el terrorismo normalmente persigue fines políticos, de subversión del ordenamiento constitucional vigente. Cf. Fiandaca y Musco, *Diritto penale*, t. I, p. 15.

así como las demás conductas definidas terroristas o cometidas con finalidad de terrorismo por convenciones u otras normas de Derecho internacional vinculantes para Italia” (artículo 270 *sexies*). Con este casuismo, era de imaginar que la fórmula no ayudase a comprender las cosas y, al revés, que mantenga en duda el sentido del conglomerado terrorista y su diferencia de los delitos políticos, contexto al cual pertenece aquel según el plan del Código.⁷¹ La complejidad del régimen estriba en la existencia de infracciones terroristas independientes de la figura asociativa central, que son los atentados contra la vida o la incolumidad de personas cometidos con fines terroristas o de evasión, en que el hecho se sanciona con prisión de hasta veinte años —y ergástulo si de la tentativa resulta la muerte del paciente—, y los estragos cometidos con el mismo designio (artículos 280 y 280 *bis*). Para estos delitos las circunstancias atenuantes comunes no pueden considerarse equivalentes o prevalentes respecto de las agravantes con que concurran, a contrapelo de las reglas generales del Código sobre la conmensuración de la penalidad.

Todavía más complicado es el Código español. En resumen, lo singularizan las siguientes notas: 1.º el castigo de la fundación, dirección e integración de organizaciones o *grupos* terroristas, entendiéndose por estos la unión no organizada ni estable de más de dos personas, cuyos objeto o cuya finalidad sean “*subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*” mediante la perpetración de *cualquier* delito (artículo 571);⁷² 2.º la previsión del terrorismo *freelance*, por decirlo así, en que el carácter apenas individual de la actuación desbarata completamente el sistema de las asociaciones;⁷³ 3.º la pu-

⁷¹ Lo que explica la proliferación de estudios sobre el punto, con énfasis en el terrorismo llamado internacional. Cf. Valsecchi, “La definizione di terrorismo”, pp. 100 ss.; Massarone, *Politica criminale e Diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, pp. 41-47; Berardi, *Il Diritto e il terrore*, pássim (porque esta monografía está dedicada de principio a fin al esclarecimiento del particular), Viganò, “Il contrasto al terrorismo di matrice islamico-fundamentalista: il Diritto penale sostanziale”, pp. 143 ss. Para la situación previa a la reforma de 2005, Valsecchi, “Il problema della definizione di terrorismo”, pp. 1127 ss.

⁷² No solo homicidios, lesiones, secuestros, amenazas o coacciones, como sugeriría la lectura aislada del artículo 572, sino “cualquiera otra infracción”, en el tajante tenor del artículo 574. Cf. Vázquez González, en Serrano Gómez et al., *Curso de Derecho penal*, pp. 810-811. Por tanto, el carácter pluriofensivo de estas asociaciones y grupos es inmenso, dado que a la paz y seguridad públicas es preciso añadir, en un papel subordinado, el bien específico ofendido por cada delito común. Cf. Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 1118.

⁷³ El artículo 577 preceptúa imponer en su mitad superior la pena del homicidio, las lesiones, detenciones ilegales, los secuestros, amenazas, coacciones, incendio, estragos, daños y delitos de armas, a quienes los cometan “sin pertenecer a organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población, a los miembros de un colectivo social, político o profesional”. El derrumbe del sistema asociativo se aprecia, además, en el cambio de contenido del elemento subjetivo de lo injusto frente al de la asociación terrorista.

nición especial de formas de colaboración, financiamiento, conspiración, provocación, proposición y apología del terrorismo (artículos 576, 576 *bis*, 578 y 579),⁷⁴ y 4.º) un estigma paradigmático de la lesa majestad: los delitos de terrorismo en que se hubiere causado la muerte de una persona no prescriben jamás (artículo 131, apartado 4).

Rasgos de esta índole se multiplican en el tercer y último sistema. Ahora se hace depender el delito terrorista de infracciones monosubjetivas.⁷⁵ La ley chilena número 18314, de 17 de mayo de 1984, se sirve de dos elementos estructurales, diversos pero copulativos, en la ímproba tarea de delimitar las “conductas terroristas” castigadas en su articulado. Ante todo, en el artículo 2 salen al paso las infracciones comunes que dan su pedestal a esta construcción normativa, delitos que pueden ser violentos (homicidio, mutilaciones, lesiones, secuestro, substracción de menores, incendio, estragos, descarrilamiento, colocación de artefactos explosivos o incendiarios), no violentos (ciertos delitos contra la salud pública y de asociaciones ilícitas), incluso actos que únicamente en virtud de esta ley constituyen título autónomo de imputación en el derecho penal del país, o sea, el apoderamiento de naves, aeronaves y otros vehículos de transporte público, cuyo inédito carácter fundamenta la penalidad autónoma, no agravada respecto de otras preexistentes, que les asigna el artículo tercero, inciso tres. Este amplio espectro de posibilidades objetivas de ejecución, empero, está matizado por un elemento subjetivo de lo injusto, en el artículo 1.º. El hecho debe ser cometido “con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie”. Este elemento subjetivo convierte todos los hechos de terrorismo en delitos de resultado cortado. No es indispensable, pues, que el agente consiga su propósito de intimidar, cuya realización es extratípica e interesa únicamente en sede de agotamiento del delito y conmensuración judicial de la penalidad. Asimismo, restan en la indiferencia los motivos —políticos, religiosos, morales, lucrativos, aunque también el puro gusto de destruir, el deseo de llamar la atención, etc.— que hubiesen inclinado al autor. De ahí, además, que el delito sea uno de peligro contra el orden público, con lo que se alude

⁷⁴ Enumeradas con un casuismo que delata el sesgo marcadamente defensivo de toda esta legislación. En ella aparece incluso un delito de olvido, la omisión culposa de colaborar con la autoridad para que se advierta o impida el financiamiento del terrorismo (artículo 576 *bis*, apartado 2). Sobre estas formas, Cancio Meliá, “Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código Penal español”, pp. 223-252.

⁷⁵ Como en Francia, según los artículos 421-1 y 422-2 del Código de 1994. Véase Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, pp. 149-150. En lo que viene examinamos la forma chilena de este sistema, más interesante por la tosca pureza de sus rasgos.

a la acepción subjetiva de este concepto, al sentimiento de sosiego, la paz subjetiva o tranquilidad íntima de los justiciables por hallarse al reparo de ataques de esta índole.⁷⁶ Peligro concreto, por cierto, de lo cual no deja duda alguna la ley por la índole de los medios de ejecución y porque el hecho debe poseer la aptitud de engendrar en otros el temor *justificado* de sufrir delitos terroristas. Como entre estos se cuentan homicidios, lesiones, estragos, daños, etc., o lo que es igual, ofensas contra bienes de pertenencia individual, el terrorismo es también, en su híbrida estructura, un delito de lesión. Su extraña confección llega hasta el extremo de situar en un nivel secundario de tutela los bienes de mayor coturno, que son personales, no colectivos; y lo demuestran las penas, que se elevan hasta en tres grados sobre la pena individualizada que correspondería a los delitos comunes, con lo que pueden llegar fácilmente al presidio de por vida.

Por cierto, cabe disminuir judicialmente la de delatores (artículo 4.º), se pena la conspiración y la tentativa, salvo desistimiento eficaz y revelación a la autoridad del plan delictuoso (artículo 9.º), la provisión de fondos (artículo 8.º) y, en lo procesal, se amplía hasta diez días el plazo para que los detenidos sean llevados ante el juez, se admite la práctica reservada de diligencias de la investigación, sin conocimiento del inculpado (artículos 14 y 21), y, tanto en la investigación como en el juicio, los testigos y peritos pueden declarar o informar anónimamente, incluso respecto de la defensa (artículo 18). Justo este último paradigma del proceso por delitos de lesa majestad justifica con holgura la recentísima condena del Estado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷⁷ Es de lamentar que el objeto de discusión ante la Corte no haya comprendido la validez jurídica de la ley 18314. Aprobada por el régimen militar de la sazón para perseguir a sus adversarios y aterrorizar a la población en general, la ley terrorista fue considerada vigente tras el retorno a la democracia, como lo demuestran sus modificaciones, ninguna de las cuales ha alterado su esencia y, antes bien, hasta la han empeorado en algunos aspectos, comenzando por el misterioso concepto de terrorismo que ella maneja.⁷⁸

⁷⁶ Para el orden público como objeto jurídico de las asociaciones ilícitas nos permitimos remitir a nuestro libro *Estudios y defensas penales*, pp. 156-167.

⁷⁷ En la sentencia de fondo, reparaciones y costas de 29 de mayo de 2014, en el caso *Norín Catrimán y otros dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche contra Chile*. Cf. sus fundamentos 242-247 y 436, y los apartados 1, 3 y 20 de la parte resolutive.

⁷⁸ Acerca de todo esto, Villegas Díaz, "Estado de excepción y antiterrorismo en Chile", pp. 1922.

5. Terrorismo y bienes jurídicos; el terrorismo de Estado

Sería una simplificación atribuir la pluralidad de regímenes nacionales sobre el terrorismo a un desencuentro político-criminal o al diverso plan de los Códigos. Como en el derecho supraestatal la imposibilidad de dar con una definición uniforme del terrorismo tiene una explicación política, los sistemas internos se divorcian entre sí porque no aciertan a encontrarse en un objeto de tutela compartido. Si estuvieran inclinados a confesar que el terrorismo carece de un bien jurídico propio, se resignarían a permanecer necesitados de él en tanto en cuanto suceda algo que no ocurrirá, el alumbramiento de una definición prepenal que permita elaborarlo como un concepto jurídicamente relevante. Se asegura que esta postura carece de representantes en la actualidad,⁷⁹ pero eso no significa que sea equivocada ni que la situación legislativa imperante tenga que obnubilarnos la apreciación de las cosas.

La opción consistente en regular el terrorismo como una variedad especialmente peligrosa del delito de asociaciones ilícitas tropieza con múltiples reparos que hacen blanco en la inexistencia de un bien jurídico. Todas las teorías disponibles sobre el particular ocultan el quicio en que el terrorismo nacional se reúne dócilmente con su pariente supraestatal, la persecución de la resistencia política. Son construcciones especulativas diseñadas para encubrir normativamente una realidad certificada por la historia contemporánea. Nos sale al paso aquí el viejo conceptualismo, para el cual si un concepto es concebible según las posibilidades del sistema de conceptos, entonces tiene que existir también en la realidad, y el nuevo concepto (el de asociaciones ilícitas) puede también ser fecundo, engendrar conceptos subordinados, como el de grupo criminal, o, apareado con algún otro concepto dado a la luz mediante la sola fantasía silogística, infundir vida a un concepto superior, el de organización terrorista. Esta genealogía conceptual, empero, disimula que las asociaciones criminales no adquieren su adjetivación de la ofensa a algún bien jurídico, sino de la magia de las palabras.

A un fracaso estrepitoso están abocadas por igual las doctrinas que les endosan un perjuicio a bienes individuales o un peligro contra intereses sociales o del Estado. Los delitos particulares que conforman el objeto social de la organización principian su *iter criminis* con el acuerdo singular de cometerlos, una conspiración que es posterior al

⁷⁹ Cancio Meliá, "Zum strafrechtlichen Begriff des Terrorismus", p. 3.

convenio que instituyó la entidad. Anticipar la protección de los bienes individuales hasta un umbral que se retrotrae incluso más atrás que el pródromo impune de las resoluciones manifestadas, equivale a inventar un bien previo a aquellos o, lo que no es muy diferente, una norma complementaria a la que los protege y, en ambos casos, se extrae una conclusión todavía más cerebrina que las de la antigua Pandectística: que pudiera haber ofensas sin ofensa. El voluntarismo de este procedimiento queda de manifiesto también en las teorías que desplazan el delito, desde los ataques contra bienes del individuo, hacia aquellos dirigidos contra el Estado o la sociedad. La tesis que columbra en la asociación criminal una arrogación del monopolio estatal de la violencia y, en definitiva, un jaque a la seguridad del Estado,⁸⁰ descansa en la creencia de que toda asociación, al margen de su número de miembros, estructura interna, poder proselitista o bélico, capacidad de operar, etc., poseería la idoneidad de contradecir la función de defensa del derecho que compete al Estado, lo cual no es efectivo, salvo que nos conformemos con la negación ideal propia de la fértil imaginación de los conceptualistas. Por otra parte, si la organización terrorista fuese en realidad un delito contra la seguridad del Estado, siendo tarea de la doctrina “(re-)politizar los delitos de organización, pero ahora, en un marco legítimo”, habría que devolverlos al único círculo que les corresponde, solo que clausurado por el derecho internacional y la mayor parte de los ordenamientos internos, los delitos políticos.

Aún más feble parece la doctrina que los vincula al orden público. Hace tiempo que este concepto ha quedado reducido al desarrollo pacífico de las manifestaciones colectivas de la vida en sociedad, en su seguridad u orden exteriores, nada más. La añañona faz subjetiva del orden público, el sentimiento de tranquilidad o paz moral, la confianza de las personas en la majestad del ordenamiento jurídico, o se confunde con la seguridad individual, que no es llamada en causa por la tipología de las asociaciones criminales, sino por otras infracciones —como las amenazas—, o se superpone con un valor puro que está por encima de los objetos valorados, la seguridad jurídica. Por lo

⁸⁰ Nos ocupamos de sus raíces fascistas en la concepción institucional del ordenamiento jurídico, en *Estudios y defensas penales*, cit., cf. pp. 154-155. Si la teoría de la autotutela de la supremacía política y jurídica del Estado identifica bien jurídico con sujeto pasivo, es porque desplaza al individuo de su posición primaria en la vida social, colocando en su lugar a las instituciones, aunque no en la forma de colectivismo que contemplan el socialismo o el comunismo, porque sus supuestos políticos son más bien fascistas. Escapa este pliegue del problema a Cancio Meliá, en distintos trabajos que ha dedicado al tema, de los que citamos nada más que “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, pp. 73-81, y *Los delitos de terrorismo*, pp. 126-132.

demás, así como la suma de las actitudes emocionales de un conglomerado de sujetos no cancela el hecho de que son sentimientos,⁸¹ así también las asociaciones ilícitas son consideradas punibles aunque de su existencia se haya enterado el público solo una vez detenidos sus integrantes. Con lo que llegamos al absurdo de que los tipos de terrorismo protegerían nuestros afectos, pero sin necesidad de que los terroristas los rocen siquiera con sus actividades.

Los sistemas que acoplan el terrorismo a delitos de sujeto activo individual sufren de análoga debilidad. El elemento subjetivo de lo injusto “con el fin de intimidar gravemente a la población”, u otros semejantes, nada nuevo añade al producto antijurídico de un homicidio, unas lesiones o unos estragos. Al contrario, la conjetura de que la estrategia conminatoria de los actos terroristas tendría dos víctimas, una inmediata, a la que se agrede públicamente, y otra mediata, colectiva, en la que se pretende influir por el miedo para coartar su seguridad y libertad,⁸² supera con largueza la función de los componentes subjetivos de la antijuridicidad. Estos son cofundantes de lo injusto para ciertos delitos y, en otros, son elementos que posibilitan distinguidos de figuras de idéntica estructura típica objetiva. Carecen de la virtud de crear por sí solos bienes jurídicos, del mismo modo que las malas intenciones no interesan al foro, sino al tribunal de la conciencia o al confesionario. La finalidad de amedrentar es ajena a la teoría de la antijuridicidad. Su función, una vez más, es ideológica: presentarnos en primer plano los bienes de las personas, masacrados por la acción terrorista, cuando el sentido genuino de la disposición no gira en torno de estas, sino que tiene su fulcro en los intereses de la defensa estatal, llámesela orden constitucional, democrático o como se quiera.

No cancelan la tergiversación los ordenamientos que castigan el delito terrorista solo si efectivamente ha provocado o mantiene en estado de alarma, conmoción o terror a sus víctimas indirectas. Pero aquí la psicología del miedo debe confrontarse con el manejo jurídico del concepto. El miedo, emoción primaria que en los seres humanos crece y cobra alas con la imaginación, su principal aliada, puede alcanzar la fase postrema de las etapas de su ciclo afectivo, el terror, que aniquila la vida subjetiva y deja al individuo

⁸¹ Va de suyo que la seguridad jurídica no es un sentimiento, a diferencia del aspecto subjetivo del orden público. Y los sentimientos no pueden ser materia de una objetiva protección jurídica. En el mismo sentido, Hefendehl, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, pp. 186-187, y Hörnle, “La protección de sentimientos en el StGB”, pp. 386-390.

⁸² Así concluye el inteligente estudio de Teixeira, *Was böse am Terrorismus?*, pp. 64-67 y 76. Agradezco al joven profesor doctor Juan Pablo Mañalich Raffo, de la Universidad de Chile, haber llamado mi atención sobre este artículo.

petrificado, convertido en tierra. Sin necesidad de tocar este extremo, las etapas de alarma y ansia pueden ser producidas por causas reales o imaginarias, siendo estas últimas las más difíciles de combatir, por la fuerza que les imprime la fantasía pavorosa, y desembocar en una “huida hacia adelante”, en particular si se trata de temores colectivos.⁸³ Pues bien, la profilaxis del miedo requiere estimular la expansión y el afianzamiento del yo mediante la práctica sistemática y graduada de su acción sobre los estímulos fóbigenos, incluso inhibiendo las inhibiciones. Nada de esto se consigue cuando las leyes penales amplifican los temores de las personas confiriendo a un delito el rótulo más temible del heraldo de la muerte, el terror. Esto aparte, muchísimos delitos comunes tienen la capacidad de amedrentar a la comunidad, algo comprobado una y otra vez en la historia de la criminalidad. No obstante, la dogmática penalista no puede atribuirle otro valor que un daño mediato o moral, “aquel que el delito acarrea también a todos los demás ciudadanos que no fueron directamente afectados, por lo cual se le llama también *reflejo*, ya que quien lo sufre es golpeado por reflejo o de rebote”. Este daño, empero, “es de mera *opinión*” y “trae su esencia ideológica de una sola cosa: *la posibilidad de la repetición*”. En la teoría del delito, no llega siquiera a daño potencial; y así, “si alguien fue muerto, violentado, robado, injuriado, ningún derecho de sus conciudadanos puede decirse lesionado ni siquiera *potencialmente*, porque la potencialidad debe estar en el acto consumado, no en sus supuestas posibles repeticiones. En tales casos el daño *inmediato* es enteramente *privado*”, y la seguridad de los demás, “respecto del *efecto inmediato* del delito, queda ilesa”.⁸⁴

Solo en una circunstancia el daño mediato adquiere importancia jurídica. Si todo delito pudiera intimidar a individuos que no lo sufrieron, dato psicológico irrelevante para el punto de vista de la dogmática, en cambio la aplicación indiscriminada de la fuerza estatal, la reacción implacable contra el temido terrorismo, acaba inexorablemente por convertirse en terrorismo verdadero, el terrorismo de Estado.⁸⁵ Y es que el único

⁸³ Mira y López, *Cuatro gigantes del alma*, pp. 15, 27, 58-61 y 88.

⁸⁴ Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, pp. 112, 117 y 119 (§ 104, 115 y 120).

⁸⁵ “Lo que se suele llamar subversión, y con denominación más efectista que real, terrorismo, no es, en realidad, más que una expresión o una reacción desesperada y violenta, de vastos sectores sociales o grupos más o menos amplios y bien compactos que se consideran sus intérpretes y su brazo armado, frente y contra una opresión, disimulada o desembozada, mas siempre implacable, sea en lo político o en lo económico, y a veces también en lo cultural, que exacerba hasta el paroxismo las contradicciones y los conflictos que laten en una sociedad y se muestra determinada con firmeza a no efectuar ni admitir en ella cambios que los alivien o resuelvan. Lo más simple ante tales situaciones, y, por ende, también lo menos racional y fecundo, es ampararse en posiciones de ventaja sofística, confundiendo o

órgano que tiene a causa del derecho el deber de velar por la seguridad jurídica, es también el solo sujeto en posición de violarla de facto. Fuera de la sociedad jurídicamente organizada se dan conflictos, violencias y temores, “esa miserable condición de guerra que [...] es consecuencia necesaria de las pasiones de los hombres”,⁸⁶ nunca inseguridad *jurídica*. Pero cuando el poder visible que debe mantenerlos a raya los ataca en vez de brindarles protección, que es su primerísimo deber, entonces las víctimas potenciales de la infracción asumen inmediata realidad. Comprometida la seguridad jurídica, nadie podrá confiar en la incolumidad de su estatus jurídico personal y el miedo, ese concepto psicológico, se transforma en terror jurídico. La comparación de poderíos nunca dará como resultado que un grupo de facinerosos supere los resortes de compulsión del Estado; invertir el orden de estas proposiciones, “equivale a pensar que los hombres son tan estúpidos como para cuidar de protegerse de los daños que puedan causarles los gatos monteses y los zorros, y que no les preocupa, más aún, que encuentran seguridad en el hecho de ser devorados por los leones”.⁸⁷ De modo que una de dos: o los delitos y procesos especiales por terrorismo son un reconocimiento de la impotencia del Estado en su función de defender el derecho y procurar seguridad a los ciudadanos, o constituyen la palanca propicia para derruir aquella función y dejar a las personas jurídicamente inermes, aterrorizadas.

6. Conclusión

El repaso de la inanición conceptual del terrorismo en la criminología y la dogmática, su falta de definición unitaria en el derecho internacional, la diversidad contradictoria de los ordenamientos nacionales, sin nombrar el anonadante séquito de reglas excepcionales de los procesos por delitos que se proclama pensados para salvaguardar a las personas, pero que las usan como pretexto con que abroquelar una determinada estructura política, económica, social o cultural, todo ello sazonado con el miedo, el menos razonante de los sentimientos, debieran invitarnos a considerar la posibilidad de que

pretendiendo confundir legalidad con legitimidad y las formas y los medios jurídicos con la esencia y las funciones del Derecho, y encastillarse en el ejercicio y la aplicación indiscriminada de la fuerza, desencadenando el terrorismo de Estado, que, por cierto, es el verdadero terrorismo”. Rivacoba y Rivacoba, “Violencia y justicia”, p. 7.

⁸⁶ Hobbes, *Leviatán*, p. 137.

⁸⁷ Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*, p. 108.

el terrorismo, noción que emborrona con negras tintas los mejores principios de las leyes penales, requiere con suma urgencia el mismo tratamiento que dispensó a los crímenes de lesa majestad el Código toscano de 1786.

Reconducirlo a los delitos comunes que restan una vez eliminada la rotulación con que se fulmina a sus autores, presenta múltiples ventajas. Jurídicamente, porque cada acto terrorista podrá ser sancionado en su verdadera entidad injusta y con arreglo al apropiado título de imputación. Circunstancias agravantes conocidas pudieran ser apreciadas en los delitos de homicidio, lesiones, daños, secuestro, etc., que se perpetren empleando poderosos medios de destrucción, capaces de poner en peligro a más personas, por odio contra enteros grupos sociales o en ofensa o desprecio de autoridades públicas, sin que su concurso provoque otros problemas que los que entretienen a los penalistas, como la naturaleza y el alcance de tales accidentes, su comunicación a partícipes o los requisitos del dolo. No hay que descartar la procedencia de motivos de benignidad, en especial cuando el hecho fue cometido por desaliento o desesperación social. Este género de conductas demandan una actitud inteligente, analítica y, en su caso, comprensiva, que debieran encabezar los poderes políticos, ciertamente, pero a la que no puede ser ajeno el organismo jurídico del Estado, su poder judicial. Si la finalidad de los agentes era política, y lo que efectuaron criminalmente se adecua a los delitos contra la seguridad estatal, así habría también que juzgarlos. Entendemos que esta es una manera más apropiada de defender la democracia, ya que por debajo va la dura acusación de enemigos del pueblo, que conceder irreflexivamente a los reos el gusto de ser considerados como lo que querrían parecer, combatientes por la libertad. Lo cual nos descubre, además, la superioridad criminológica y la conveniencia política de la reducción del terrorismo a la delincuencia convencional.

Ni se diga de las bondades del retorno de estas personas a los cauces del proceso penal ordinario, que trascienden holgadamente los efectos jurídicos de la operación. Un fragmento del drama *Anarquía en Baviera*, de Rainer Werner Fassbinder, pone en labios del presentador radiofónico de la información oficial sobre la revolución en curso, una afirmación a primera vista solo jocosa: “En razón de una maniobra repugnante de infiltración del estado mayor, nuestro ejército se ha visto en la obligación de pelear contra sí mismo”. Sin embargo, el talento del artista sabe penetrar allí donde no llega la miopía del jurista. No es el terrorismo el que infiltrará al Estado, haciéndolo combatir contra sus principios más caros, sino haber emprendido el Estado una campaña liberticida contra el terrorismo.

Así lo percibieron también las mentes que animaron el momento fundacional del Estado de derecho, los prohombres de la Ilustración.

Bibliografía

- ADRIASOLA, Gabriel, *La financiación del terrorismo y el lavado de dinero*, Montevideo: Carlos Álvarez Editor, 2004.
- AMBOS, Kai, “Creatividad judicial en el Tribunal especial para el Líbano: ¿es el terrorismo un crimen internacional?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, Madrid, 3.ª época, n.º 7, 2001, pp. 143-173.
- AMBOS, Kai, y Annika Maleen POSCHADEL, “Terroristas y debido proceso. El derecho a un debido proceso para los presuntos terroristas detenidos en la bahía de Guantánamo”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 20, Iustel, 2013, pp. 1-31.
- AMBOS, Kai, y Anina TIMMERMANN, “Terrorism and customary international law”, en Edward BEN SAUL (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Elgar Publishing, 2014, pp. 20-38.
- ARZT, Gunther, y Ulrich WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Bielefeld: Gieseking, 2000.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, edición crítica bilingüe y estudio preliminar por Francisco P. Laplaza, Buenos Aires: Arayú, 1955
- BERARDI, Alberto, *Il Diritto e il terrore. Alle radici teoriche della “finalità di terrorismo”*, Padua: Cedam, 2013.
- BIANCHI, Augusto Guido, Guglielmo FERRERO y Scipio SIGHELE, *Il mondo criminale italiano, con una Prefazione del Prof. Cesare Lombroso*, Milán: L. Omodei Zorini, 1893.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “In-seguridad y lucha contra el terrorismo”, en Mario G. LOSANO y Francisco MUÑOZ CONDE (coords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 403-410.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid: Reus, 2010.
- “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en Manuel CANCIO MELIÁ y Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2008, pp. 16-84.
- “Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código Penal español”, separata de *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 4 vols., Coimbra: Coimbra, 2010, t. III, pp. 223-252.
- “Zum strafrechtlichen Begriff des Terrorismus”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, vol. 159, n.º 1, 2012, Heidelberg, pp. 1-13.
- “Zum Unrecht der Kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung”, en Michael PAWLIK y Rainer ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Berlín: Carl Heymanns Verlag, 2007, pp. 27-52.
- CARRARA, Francesco, *Programma del Corso di Diritto Criminale. Del delitto, della pena*, Bolonia: Il Mulino, 1993.

- *Programa de Derecho Criminal*, 10 vols., trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, t. IX, 1964.
- CATTANEO, Mario A., “Morale e politica nel dibattito dell’Illuminismo”, en *La pena di morte nel mondo. Convegno Internazionale di Bologna (28-30 ottobre 1982)*, Bologna: Marietti Casale, Monferrato, 1983, pp. 107-133.
- CAVANNA, Adriano, “Giudici e leggi a Milano nell’età del Beccaria”, en el volumen colectivo *Cesare Beccaria tra Milano e l’Europa. Prolusioni di Sergio Romagnoli e Gian Domenico Pisapia*, Milán y Bari, Cariplo-Laterza, 1990, pp. 168-195.
- CERVINI, Raúl, William TERRA DE OLIVEIRA y Luiz Flávio GOMES, “Lei de lavagem de capitais”, *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 1998.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, y Santiago MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica del terrorismo*, Madrid: Alianza, 2006.
- DI STASIO, Chiara, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milán: Giuffrè, 2012.
- DORADO MONTERO, Pedro, “Los delitos políticos y los delitos contra la patria”, en *El Derecho protector de los criminales*, 2 vols., Pamplona: Analecta, 1999 (reimpresión facsimilar de la edición de Victoriano Suárez, Madrid, 1915), t. I, pp. 583-597.
- DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico* (traducción de Ernestina de Champourcín), México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- FAKHOURI, Yamila, *¿Qué es el terrorismo? Un intento de ponerle la sábana al fantasma*, Bogotá: Universidad de los Andes y Gustavo Ibáñez, 2014.
- FERRI, Enrique, *Sociología criminal*, 2 vols., con un Prólogo por Primitivo González del Alba, versión española por Antonio Soto y Hernández, Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1907.
- FIANDACA, Giovanni, y Enzo MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, 2 vols. Publicados, Bologna: Zanichelli, t. I, 1.ª ed., 1988.
- DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge (dir.), *Comentário conimbricense do Código Penal*, 3 vols., Coimbra: Coimbra, 1999.
- FILANGIERI, Gaetano, *Ciencia de la legislación*, 10 vols., traducción de Juan Ribera, 2.ª ed., revisada y corregida, Burdeos, t. IV, 1825.
- FLETCHER, George P., “The indefinable concept of terrorism”, *Journal of International Criminal Justice*, n.º 4, 2006, Oxford University Press, pp. 894-911.
- GARRIDO MONTT, Mario, en *Beccaria 250 años después. “Dei delitti e delle pene”. De la obra maestra a los becarios*, comentarios dirigidos por Jean Pierre Matus, Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2011.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Notas para un concepto funcional del terrorismo”, en Santiago Mir Puig y Joan J. QUERALT (dirs.) y David CARPIO BRIZ (ed.), *La seguridad pública ante el Derecho penal*, Madrid y Montevideo-Buenos Aires: Edisofer y B. de F., 2010, pp. 57-88.

- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Estudios y defensas penales*, Santiago de Chile: Legalpublishing, 3.^a ed., 2009.
- “El nuevo Código Penal del Perú (1991)”, en *Doctrina Penal*, año 14, n.os 55-56, Buenos Aires, junio-diciembre de 1991, pp. 631-731.
- “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos”, en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Gisela ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 171-192.
- HEFENDEHL, Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, traducción de María Martín Lorenzo, en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 179-196.
- HESSEN, Johannes, *Tratado de Filosofía*, 3 vols., traducción de Juan Adolfo Vásquez, Buenos Aires: Sudamericana, t. I (“Teoría de la ciencia”), 1957.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, traducción y prefacio de Miguel Sánchez Sarto, México: Fondo de Cultura Económica, 2.^a ed., 2010.
- HÖRNLE, Tatjana, “La protección de sentimientos en el StGB”, traducción de María Martín Lorenzo, en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 383-399.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “Terrorismo”, en Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *El criminalista*, 10 vols., México: Cárdenas, 1988, t. IX, pp. 55-74.
- *Tratado de Derecho penal*, 7 vols. publicados, Buenos Aires: Losada, 2.^a ed., t. II, 1950, t. III, 1958.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2 vols., Baden-Baden: Nomos, 2.^a ed., t. I, 2005.
- KINDHÄUSER, Urs, Ulfrid NEUMANN y Hans-Ullrich PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, 2 vols., Baden-Baden: Nomos, 2.^a ed., 2005.
- LAQUEUR, Walter, *Storia del terrorismo*, traducción de Loni Sandermann, Milán: Rizzoli, 1978.
- “La Legge toscana del 1786”, en BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna dell'Europa del Settecento. A cura di Franco Venturi*, Turín: Einaudi, 3.^a ed., 1973, pp. 258-300.
- LENCKNER, Theodor, Peter CRAMER, Albin ESER y Walter STREE, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Múnich: Beck, 25.^a ed., 1997.
- LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno civil*, traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Madrid: Alianza, 2010.
- MAIMÓNIDES, *Guía de descarriados*, traducción, prólogo y notas de José Suárez Lorenzo, Valladolid: Maxtor, 2010.
- MASSARI, Roberto, *Il terrorismo. Storia, concetti, metodi*, 3.^a ed. Revisada y ampliada, Bolsena: Massari, 2002.

- MASSARONE, Valentina, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.
- MAURACH, Reinhart, Friedrich-Christian SCHROEDER y Manfred MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2 vols., Heidelberg: C. F. Müller, 8.^a ed., 1999.
- MIDDENDORFF, Wolf, *Estudios de Psicología criminal*, xviii, “La criminalidad violenta de nuestra época”, traducción de José Belloch Zimmermann. Madrid: Espasa-Calpe, 1978.
- MIRA Y LÓPEZ, Emilio, *Cuatro gigantes del alma. El miedo, la ira, el amor, el deber*, Buenos Aires: El Ateneo, 1954.
- NAUCKE, Wolfgang, “Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria”, en Über die Zerbrechlichkeit des Strafrechts. *Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden: Nomos, 2000, pp. 13-28.
- OROZCO, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá: Temis, 2006.
- PERTILE, Antonio, *Storia del Diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, Bolonia: Arnaldo Forni, 2.^a ed. revisada y mejorada, vol. V (“Storia del Diritto penale”), 1968.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “Delito político”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona: Seix Barral, t. vi, 1975, pp. 603-617.
- RADBRUCH, Gustav, “El delincuente por convicción”, traducción y notas de José Luis Guzmán Dalbora, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7, Granada, 2005, <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r4.pdf>>, y en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, publicación de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, n.º 23, Valparaíso, 2005, pp. 405-417.
- “Idea y materia del Derecho”, en *Tres estudios de Filosofía del Derecho y una arenga para los jóvenes juristas*, traducción, introducción y notas por José Luis Guzmán Dalbora, Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2013, pp. 33-45.
- REGUEIRO DUBRA, Raquel, *La legítima defensa en el Derecho internacional*, Madrid: UNED, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2012.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Estudio preliminar (Manuel de Lardizábal o el pensamiento ilustrado en Derecho penal) a Manuel de Lardizábal, “Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma”*, Vitoria-Gasteiz: Ararteko, 2001.
- “La reforma penal de la Ilustración”, tirada aparte del volumen “Teoría general del derecho, lógica e informática jurídicas”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n.º 5, 1987, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, 1988.
- “Violencia y justicia”, tirada aparte del volumen “Recuerdo de Jorge Millas”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n.º 11, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, 1993.

- RUGGIERO, Vincenzo, *La violenza politica*, Roma-Bari: Laterza, 2006.
- RUIZ FUNES, Mariano, *Evolución del delito político*, México: Hermes, s/f.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Alfonso SERRANO MAÍLLO, María Dolores SERRANO TÁRRAGA y Carlos VÁSQUEZ GONZÁLEZ, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Madrid: Dykinson, 2012.
- SINCLAIR, Andrew, *Storia del terrorismo. Dall'antichità alle sette islamiche degli Assassini, dall'IRA alle Torri Gemelle fino alla situazione esplosiva del Medioriente*, traducción de Lia Gasbarra y Claudio Bispuri, Roma: Newton & Compton, 2003.
- TEIXEIRA, Adriano, "Was böse am Terrorismus?," en *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, vol. 11, n.º 2, Berlín, 2013, pp. 58-76.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid: Tecnos, 1969.
- VALSECCHI, Alfio, "La definizione di terrorismo quale esempio dell'efficacia e della vincolatività delle fonti internazionali nell'ordinamento italiano", en *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*, edición al cuidado de Carlo Ruga Riva, Milán: Giuffrè, 2007, pp. 99-114.
- "Il problema della definizione di terrorismo", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n.º 4, Milán, 2004, pp. 1127 ss.
- VIGANÒ, Francesco, "Il contrasto al terrorismo di matrice islámico-fundamentalista: il Diritto penale sostanziale", en *Terrorismo internazionale e Diritto penale*, edición al cuidado de Cristina de Maglie y Sergio Seminara, Padua: Cedam, 2007, pp. 125-162.
- VILLAVICENCIO Terreros, Felipe, *Código Penal comentado*, Lima: Grijley, 2002.
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna, "Convención Interamericana contra el Terrorismo: entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos", *Derecho y Humanidades*, n.º 9, Santiago de Chile, 2002-2003, pp. 175-201.
- "Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social con especial referencia a los indígenas", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año III, n.º 6, Buenos Aires, 2013, pp. 3-25.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Globalización y crimen organizado", conferencia de clausura de la Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal en Guadalajara (México), 2007, disponible en <www.alfonsozambrano.com/.../globalizacion_crimen_organizado.pdf>.

EL DELITO DE TERRORISMO EN EL SALVADOR

UN ANÁLISIS DE LA LEY ESPECIAL CONTRA ACTOS DE TERRORISMO

Jaime Edwin Martínez Ventura

RESUMEN. Como consecuencia de los ataques terroristas realizados en diversos países a inicios de este siglo, en 2006 El Salvador derogó el tratamiento jurídico relativo a ese fenómeno delictivo que existía en su Código Penal y aprobó la Ley Especial contra Actos de Terrorismo. Esa ley es objeto de análisis en este informe, que se divide en cuatro partes. En la primera se expone el contexto histórico, político, social e internacional en el que dicha ley fue aprobada; la segunda contiene una descripción de la estructura y una apreciación genérica de esta legislación; la tercera parte consiste en el análisis específico de sus disposiciones, a partir de los principios de legalidad, lesividad y necesidad de las penas; finalmente, la cuarta parte expone algunas conclusiones sobre las deficiencias técnicas de esta ley especial y la desnaturalización de sus fines en su aplicación práctica.

Palabras clave: terrorismo, actos de terrorismo, El Salvador, Convención Interamericana contra el Terrorismo, OEA, ONU, financiación del terrorismo, principios de legalidad, lesividad, necesidad y proporcionalidad de las penas.

ABSTRACT. As a consequence of the terrorist attacks perpetrated in several countries at the beginning of this century, in 2006 El Salvador revoked its legal treatment of this phenomenon in its Criminal Code and adopted the Special Law Against Acts of Terrorism. This four-part report analyzes that law. The first part provides the historical, political, social and international context in which the law was approved; the second is a description of the structure of the law and a general comment; the third part is a detailed analysis of the provisions it contains, based on the principles of legality, harm and necessity of punishment; finally, the fourth part offers some conclusions on the technical shortcomings of this special law and the distortion of its objectives in its practical application.

Key words: terrorism, acts of terrorism, El Salvador, Inter-American Convention Against Terrorism, OAS, UN, financing of terrorism, principles of legality, harm, necessity and proportionality of punishment.

ZUSAMMENFASSUNG. Als Konsequenz aus den zu Anfang dieses Jahrhunderts in mehreren Ländern verübten Terroranschlägen hat El Salvador 2006 die rechtliche Verfolgung dieses kriminellen Phänomens, wie sie im Strafgesetzbuch des Landes vorgesehen war, aufgehoben und das Sondergesetz gegen terroristische Handlungen verabschiedet. Dieses Gesetz ist Gegenstand des vorliegenden Berichts, der sich in vier Abschnitte unterteilt. Im ersten wird der historische, politische, gesellschaftliche und internationale Kontext dargelegt, in dem das Gesetz verabschiedet wurde; der zweite enthält eine Beschreibung der Struktur sowie eine generelle Einschätzung dieses Gesetzes; der dritte ist einer detaillierten Analyse seiner Vorschriften gewidmet, die von den Grundsätzen der Legalität, Vorliegen der Rechtswidrigkeit und Notwendigkeit der Strafen ausgeht; im vierten werden schließlich einige Schlussfolgerungen zu den technischen Mängeln dieses Sondergesetzes und seiner Zweckentfremdung bei der praktischen Anwendung vorgestellt.

Schlagwörter: Terrorismus, terroristische Handlungen, El Salvador, Interamerikanische Konvention gegen den Terrorismus, OAS, UN, Terrorfinanzierung, Grundsätze der Legalität, Vorliegen der Rechtswidrigkeit, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Strafen.

1. Introducción

Los graves atentados terroristas perpetrados el 11 de septiembre de 2001 en territorio estadounidense y los sucesivos ataques indiscriminados en España y Reino Unido en el primer lustro del presente siglo provocaron una oleada de reformas legales e institucionales en todo el mundo y una fuerte presión de los organismos internacionales de carácter mundial o regional hacia los Estados parte para que estos adoptaran nuevos instrumentos jurídicos internacionales y nacionales de prevención, detección, investigación y sanción del terrorismo en todas sus modalidades, incluida su financiación, así como la implementación en el ámbito interno de los nuevos tratados o convenios. En el espacio de la Organización de Estados Americanos (OEA), en el 2002 se aprobó la Convención Interamericana contra el Terrorismo.

En ese contexto, El Salvador, en 2006, aprobó la la Ley Especial contra Actos de Terrorismo (LECAT).¹ A continuación se desarrolla un análisis sobre la dicha ley especial,

¹ Aprobada mediante decreto legislativo 108, del 21.9.2006, publicado en el *Diario Oficial* 193, tomo 373, del 17.10.2007. Su texto puede ser consultado en <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-especial-contra-actos-de-terrorismo>.

vigente desde el 16 de noviembre de 2006,² mediante la cual fueron derogados los artículos 343 y 344 del Código Penal vigente,³ que tipificaban respectivamente los tipos penales de *actos de terrorismo y proposición y conspiración para actos de terrorismo*, con lo que se reemplazó el tratamiento jurídico-penal del terrorismo que formaba parte del capítulo II (“Delitos relativos a la paz pública”), título XVII (“Delitos relativos al sistema constitucional y la paz pública”), del referido código.

2. Contexto histórico, político, social e internacional en el que fue aprobada la ley

A consecuencia de los atentados terroristas suscitados a lo largo de los primeros seis años del presente siglo,⁴ los Estados nacionales, especialmente aquellos que habían sido víctimas de las atrocidades del terrorismo internacional, así como los organismos internacionales y regionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Unión Europea y la OEA, potenciaron las medidas necesarias para prevenir, detectar, contrarrestar, investigar y sancionar las diversas manifestaciones de terrorismo y otras acciones de grupos o individuos relacionados de manera directa o indirecta con la comisión de actos terroristas, su financiación, facilitación y colaboración con ellos.⁵

Como parte de las medidas nacionales, regionales e internacionales contra el terrorismo, en ese período se produjo un segundo auge del derecho internacional público en la producción de tratados y convenios internacionales en contra de las nuevas formas de terror practicadas por diversos grupos e individuos;⁶ en el ámbito de las Naciones Uni-

² El artículo 53 de la LECAT dice: “El presente Decreto entrará en vigencia treinta días después de su publicación en el Diario Oficial”.

³ Decreto legislativo 1030, del 26.4.1997, publicado en el *Diario Oficial* 105, tomo 335, del 10.6.1997, vigente desde el 20.4.1998.

⁴ Los atentados del 11 de septiembre de 2001 en territorio de los Estados Unidos de América, el ataque del 11 de marzo de 2004 en la estación ferroviaria de Atocha (España), los atentados del 7 y 21 de julio de 2005 en Londres (Reino Unido), el del 11 de julio de 2006 en Mumbái (India), más los innumerables ataques terroristas perpetrados durante esos años en territorio de Irak, Israel, Palestina y otros países.

⁵ Para un breve panorama sobre la legislación adoptada en Estados Unidos y varios países de la Unión Europea en los primeros años posteriores a los atentados del 11 de septiembre de 2001, así como el impacto negativo de tales medidas en los derechos fundamentales, véase Hortensia González Rodríguez y Enrique Álvarez Conde, “Legislación antiterrorista comparada”, *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, n.º 7, 2006, pp. 110.

⁶ El primer auge del derecho internacional en la aprobación de convenciones y tratados internacionales contra el terrorismo acaeció entre las décadas del sesenta y setenta del siglo XX. En ese período, en sede de Naciones Unidas

das entró en vigencia el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Convención sobre la Financiación del Terrorismo), que había sido firmado el 9 de diciembre de 1999, vigente desde el 10 de abril de 2002; asimismo, se aprobó el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (Convención sobre el Terrorismo Nuclear), suscrito en Nueva York, el 13 de abril de 2005, con vigencia desde el 7 de julio de 2007.⁷

En América, el 3 de junio de 2002 la OEA aprobó la Convención Interamericana contra el Terrorismo, vigente desde el 7 de octubre de 2003, con el objetivo de obligar a todos los Estados americanos a sancionar leyes antiterroristas y establecer un sistema continental para prevenir, sancionar y erradicar el terrorismo, removiendo o adecuando ciertas garantías legales de modo que no sean obstáculo para actuar. Entre esas garantías se cuentan el secreto bancario, el traslado de personas detenidas entre países, la invocación del “delito político” o la condición de refugiado o asilado.⁸

En el período que nos ocupa, en El Salvador se observaba una tendencia político-criminal que extendía el concepto de actos terroristas a diversos tipos de conflictividad

fueron aprobados los siguientes instrumentos internacionales: 1) Convenio sobre las Infracciones y ciertos otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves (Convenio sobre las Aeronaves), firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963; con vigencia a partir del 4 de diciembre de 1969; 2) Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (Convenio sobre el Apoderamiento Ilícito), suscrito en La Haya el 16 de diciembre de 1970, vigente desde el 14 de octubre de 1971; 3) Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Convenio sobre la Aviación Civil), firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971, en vigor desde el 26 de enero de 1973; 4) Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (Convención sobre los Agentes Diplomáticos), suscrita en Nueva York el 14 de diciembre de 1973, con vigencia desde el 20 de febrero de 1977; 5) Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (Convención sobre la Toma de Rehenes), rubricada en Nueva York el 17 de diciembre de 1979, vigente desde el 3 de junio de 1983; 6) Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares (Convención sobre los Materiales Nucleares), suscrita en Viena el 26 de octubre de 1979, con vigencia desde el 8 de febrero de 1987, y 7) Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicios a la Aviación Civil Internacional, complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971 (Protocolo sobre los Aeropuertos), firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988, vigente desde el 6 de agosto de 1989.

⁷ Además de los tratados, convenciones y protocolos, en el ámbito de las Naciones Unidas deben incluirse también, como parte de la infraestructura jurídica internacional contra el terrorismo, las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas al terrorismo, muchas de ellas aprobadas con arreglo al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que faculta al Consejo de Seguridad para aprobar resoluciones jurídicamente vinculantes para todos los Estados miembros de las Naciones Unidas.

⁸ Un análisis crítico relativo a la potencial o efectiva violación a los derechos fundamentales y a los derechos humanos de esta Convención, en Myrna Villegas Díaz, “Convención Interamericana contra el Terrorismo: entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos”, *Derecho y Humanidades*, n.º 9, Santiago de Chile, 2003, pp. 175-189.

social y delincencial que se observaba —y aún se observa— en este país. Uno de ellos es el fenómeno de las maras o pandillas, el cual claramente tiene una expresión delincencial, ya que muchos miembros de estas agrupaciones cometen delitos de todo tipo, incluso asesinatos atroces, extorsiones y hechos delictivos relacionados con el crimen organizado. Sin embargo, también es claro que este es un fenómeno que responde a diversos factores causales, entre ellos los de carácter social, político y económico.

Esos factores causales que hace más de veinte años dieron origen a las maras o pandillas no fueron atendidos suficientemente; por el contrario, se privilegiaron acciones, medidas y políticas principalmente punitivas, con las que las pandillas fueron tratadas como la peor amenaza para la seguridad del país y, en aquel entonces, se las vinculó de manera oficial con el terrorismo, tal como quedó de manifiesto en el discurso de un expresidente de la república, durante la cadena de radio y televisión mediante la cual lanzó públicamente los operativos policiales de Mano Dura, el 23 de julio de 2003.⁹

La utilización del terrorismo para el control del fenómeno de las maras o pandillas no comenzó con el lanzamiento del operativo policial Mano Dura; antes del 2003, la Policía Nacional Civil y la Fiscalía General de la República hacían uso del delito de *actos de terrorismo*, tipificado en el artículo 343 del Código Penal, para la captura y el procesamiento de estudiantes de tercer ciclo de educación básica y de bachillerato detenidos por participar en riñas grupales callejeras. Entre 2000 y 2002, según datos de la Dirección de Juventud del Ministerio de Educación, 29 estudiantes fueron capturados y procesados por actos de terrorismo, aunque ninguno de esos casos prosperó en los tribunales correspondientes, ya que las conductas no cumplían con los elementos típicos del delito de actos de terrorismo exigidos por el Código Penal, como el empleo de medios inflamables o explosivos, susceptibles de causar daño a la vida o la integridad personal, así como la intención especial de causar temor o terror generalizado en la población.¹⁰

Las manifestaciones públicas también fueron tratadas como actos de terrorismo por algunos discursos, acciones y decisiones legislativas.¹¹ Entre los antecedentes inmediatos

⁹ En dicho discurso, el expresidente Francisco Flores dijo: “Esta operación que se llama ‘Mano Dura’ busca la desarticulación de las pandillas y la encarcelación de sus miembros. Estamos convencidos que el conjunto de medidas que estamos proponiendo le darán a la sociedad salvadoreña instrumentos necesarios para pelear esta batalla contra los criminales y su *terrorismo delincencial*”. Véase *El Diario de Hoy*, 24.7.2003, p. 5 (cursivas añadidas).

¹⁰ Cf. FESPAD, *Informe anual sobre justicia penal juvenil. El Salvador 2003*, San Salvador: FESPAD, 2004, p. 4.

¹¹ Para un análisis sobre la tendencia hacia la criminalización de la protesta social, y la preeminencia de este derecho en el Estado de derecho, véase Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires y Ad-Hoc, 2005.

de esta tendencia están los actos de protesta contra la privatización de la seguridad social, realizados por médicos y trabajadores del Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS), que fueron reprimidos por policías antimotines. Una de estas represiones tuvo lugar el 28 de abril de 2004, cuando un grupo de personas realizó una toma pacífica de la catedral metropolitana en apoyo a las protestas antes referidas. A raíz de ello se produjeron disturbios callejeros, incluidos actos vandálicos contra bienes públicos y privados que fueron filmados por medios de comunicación televisivos. Como consecuencia de aquellos hechos, el Ministerio de Gobernación de ese entonces anunció la creación de una Ley Antidisturbios que tendría por objeto controlar y sancionar ese tipo de manifestaciones, con disposiciones que otorgarían validez probatoria a los videos tomados por los medios de comunicación.¹²

En ese contexto, El Salvador ratificó la Convención Interamericana contra el Terrorismo el 13 de marzo de 2003, la cual entró en vigencia el 10 de julio de ese mismo año. Casi de inmediato, en el mismo mes, el gobierno presentó ante la Asamblea Legislativa el primer anteproyecto de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, pero este no tuvo el respaldo político suficiente y fue enviado al órgano ejecutivo con recomendación de hacerle reformas. El gobierno siguiente (período 1.6.2004 a 31.5.2009), a través del ministro de Gobernación, reenvió a la Asamblea Legislativa el anteproyecto de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, el 29 de noviembre de 2005, pero nuevamente no tuvo consenso en la Comisión de Legislación del Parlamento y en consecuencia el texto tampoco fue aprobado.

El 5 de julio de 2006, en los alrededores del campus de la Universidad de El Salvador, en San Salvador, estudiantes universitarios y miembros de movimientos sociales realizaron una manifestación. Esta fue infiltrada por unos sujetos que con un fusil automático dispararon a un contingente de la Unidad de Mantenimiento del Orden de la Policía Nacional Civil, lo que dejó como resultado dos policías muertos y diez lesionados. El anteproyecto de Ley contra Actos de Terrorismo entró al debate legislativo un día después de ese ataque, el cual fue aprovechado por el gobierno y su fracción legislativa para pedir una rápida aprobación, que se logró el 21 de septiembre de 2006.

Seis meses después, el 28 de marzo de 2007, un grupo de ciudadanos integrantes de varias organizaciones de la sociedad civil presentó una demanda de inconstitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que

¹² Cf. FESPAD, *Estado de la seguridad pública y la justicia penal en El Salvador 2004*, San Salvador: FESPAD, 2005, p. 16.

dicha ley es violatoria de varios derechos fundamentales, como la libertad de expresión, de reunión, de asociación y de movilización, así como de los principios de igualdad, dignidad humana, legalidad, lesividad del bien jurídico, necesidad y proporcionalidad de las penas proclamados y garantizados por la Constitución de la República. Simultáneamente presentaron una petición de derogatoria de la LECAT ante la Asamblea Legislativa. Esta última no prosperó, pero la demanda de inconstitucionalidad sí fue admitida, sin que hasta la fecha (marzo de 2015) se haya dictado la sentencia definitiva.

3. Descripción de la estructura y valoración general de la LECAT

La Ley Especial contra Actos de Terrorismo es el cuerpo jurídico específico y pretendidamente especializado en la regulación del terrorismo, que comprende un conjunto de disposiciones penales, procesales penales, definiciones conceptuales y normas relativas a la prevención del terrorismo. Está conformada por siete capítulos y 53 artículos.

El capítulo I (“Disposiciones preliminares”, artículos 1 a 3) comprende el objeto de la ley, el ámbito de aplicación y una disposición (artículo 3) denominada “Respeto a la soberanía nacional”. El capítulo II (“Definiciones”, artículo 4) consiste en una extensa lista de definiciones de diversos conceptos utilizadas en tratados y convenios internacionales contra el terrorismo —y por ende en esta ley—, como *aeronave en vuelo*, *aeronave en servicio*, *armas químicas*, *artefacto explosivo*, *armas de fuego*, etc. El capítulo III (“De los actos de terrorismo”, artículos 5 a 34) establece 25 tipos penales considerados como actos de terrorismo, la mayoría de los cuales están configurados por supuestos de hechos variados, difusos, ambiguos y, en algunos casos, coincidentes con delitos comunes comprendidos en el Código Penal vigente. El artículo 34 regula diez circunstancias tipificadas como agravantes especiales.

El capítulo IV (“Medidas cautelares y comiso”, artículos 35 a 39) desarrolla disposiciones especiales sobre decomiso, comiso, nulidad de instrumentos, congelamiento de fondos, incautación de bienes e impugnación de medidas administrativas de congelamiento de fondos. El capítulo IV (“Disposiciones penales y procesales especiales”, artículos 40 a 47) establece normas relativas a inhabilitación de funciones, régimen de personas jurídicas, régimen de pruebas, retención de mercancías, obligación de informar, declaración de agente encubierto, víctima o testigo, interceptación de medios de transporte, extradición, cumplimiento de sentencias en el extranjero y asistencia judicial o policial.

El capítulo VI (“Prevención de actos de terrorismo”, artículos 48 y 49) proclama la obligación de todas las secretarías de Estado de diseñar y ejecutar planes y programas operativos para prevenir actos de terrorismo, y la obligación estatal de compartir información según el Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centro América.¹³ Por último, el capítulo VII (“Disposiciones finales, artículos 50 a 53) establece la competencia sobre los delitos de esta ley, asignada a los jueces y tribunales de lo penal, la supletoriedad, la derogatoria de los artículos que tipificaban el terrorismo en el Código Penal, y la vigencia de la nueva ley.

Como puede observarse en la conformación de su estructura, la LECAT pretende ser una respuesta especializada, holística e integral al fenómeno del terrorismo en todas sus manifestaciones, incluyendo su financiamiento, con el objetivo de “prevenir, investigar, sancionar y erradicar las actividades terroristas respondiendo a las circunstancias actuales y excepcionales que afectan a la comunidad internacional”.¹⁴ Esa fue la razón que llevó a la derogación de los artículos 343 y 344¹⁵ del Código Penal vigente, que regulaban el terrorismo.

Por otra parte, aunque los considerandos no lo dicen explícitamente, esta ley también tiene el objetivo de implementar la Convención Interamericana contra el Terrorismo, habida cuenta de que el artículo 3 de dicho instrumento impone a los Estados parte la obligación de adoptar las medidas necesarias para la aplicación efectiva de los diez tratados internacionales relativos al terrorismo, relacionados en el artículo 2 de dicha convención, así como el establecimiento en su legislación interna de penas a los delitos ahí contemplados.¹⁶

Sin embargo, al revisar la tipificación de delitos contenida en los diez convenios y protocolos internacionales mencionados en el artículo 2 de la citada Convención y compararlos con los tipos penales tipificados en la LECAT, se observa que no existe correspondencia entre unos y otros, excepto el delito de toma de rehenes (artículo 16, inciso 1, LECAT), único que tiene una redacción casi idéntica a la del artículo 1.1 de la

¹³ El artículo 18, inciso 1.º, de dicho Tratado dispone: “Las partes se comprometen a prevenir y combatir, todo tipo de actividades delictivas con repercusión regional o internacional, sin ninguna excepción, tales como el terrorismo, el sabotaje, el crimen organizado, e impedir por todos los medios dentro de su territorio, la planificación, preparación y realización de las mismas”.

¹⁴ Véase el considerando IV, *in fine*, y el artículo 1 de la LECAT.

¹⁵ Véase el texto de dichos artículos en la sección “Referencias legislativas”.

¹⁶ Cf. Convención Interamericana contra el Terrorismo, artículo 3.

Convención Interamericana contra la Toma de Rehenes.¹⁷ La tipificación de los demás delitos establecidos en la LECAT, poco o nada tienen que ver con los tipos penales establecidos en los convenios internacionales.

Otra característica general de la LECAT es la elevada severidad y desproporcionalidad de las penas previstas para los diversos tipos penales. Salvo el tipo de “Apología e incitación pública de actos de terrorismo” (artículo 8), el de “Simulación de delitos” (artículo 9), ambos con una pena de 5 a 10 años de prisión; y el de “Organizaciones terroristas” (artículo 13) que para los meros integrantes prevé una pena de 8 a 12 años de prisión, el resto de las figuras delictivas tienen una penalización mínima de 10 a 15 años, otros de 15 a 20 años, de 25 a 30 años, siendo las penas más elevadas de 55 a 65 años en varios tipos penales de cuya comisión se produzca el resultado de muerte o lesiones graves, como “Toma de rehenes” (artículo 16), “Apoderamiento, desvío o utilización de buque” (artículo 18), “Actos contra la seguridad de la aviación civil y aeropuertos” (artículo 19), “Apoderamiento, desvío o utilización de aeronave” (artículo 20), “Atentado o derribamiento de aeronave” (artículo 21).

Por otra parte, la LECAT incurre en el defecto de no tipificar el tipo penal básico de actos de terrorismo; establece 25 variedades o tipos de actos de terrorismo, pero sin una tipificación específica de este último. Es decir, la ley carece de un tipo penal de terrorismo o actos de terrorismo propiamente dicho, en el que, conforme a la doctrina predominante, se establezcan claramente sus dos elementos distintivos: el estructural, que es la organización armada, y el teleológico, que es el fin o resultado político.¹⁸ Igualmente carece de una identificación precisa del bien jurídico protegido, puesto que en cada uno de esos 25 tipos penales los bienes jurídicos son individuales y diversos, entre

¹⁷ El artículo 16, inciso 1, LECAT dice: “El que privare de libertad a otra persona, la retuviere y amenazare con ocasionarle la muerte, lesionarla, mantenerla detenida o cometerle cualquier otro delito, con el fin de obligar a un Estado, organización internacional intergubernamental, persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley será sancionado con prisión de treinta y cinco a cuarenta y cinco años de prisión”.

El artículo 1.1 de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes reza: “1. Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará ‘el rehén’) o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente convención”.

¹⁸ Véanse Carmen Lamarca Pérez, “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 46.2, Universidad de La Rioja, 1993; Manuel Cancio Meliá, *GA*, n.º 159 (2012), pp. 8-12, citado por Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, II: “The Crimes and Sentencing”, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 234.

ellos la vida, la integridad física, la salud, la libertad ambulatoria, la propiedad y otros, y la descripción típica de cada uno no indica de qué manera se lesionan o se ponen en peligro los bienes jurídicos que, según opinión mayoritaria en la doctrina, son los que se protegen con la tipificación del terrorismo, como el ordenamiento constitucional democrático, la paz pública u otro bien jurídico colectivo, lo que a su vez constituye el rasgo diferenciador del terrorismo respecto a los delitos comunes.

En otras palabras, en cada una de esas 25 modalidades de actos de terrorismo se supone que, más allá de la protección de bienes jurídicos individuales, se encuentran los elementos objetivos y subjetivos que tipifican la figura específica de actos de terrorismo de manera implícita, subsidiaria o indirecta, pero no hay una descripción típica directa, nuclear y autónoma de dicho delito. Al no contar con una descripción de los elementos objetivos y subjetivos específicos del tipo penal de *terrorismo* o *actos de terrorismo*, las modalidades o tipos penales derivados que se establecen en la LECAT se vuelven tipos penales abiertos, difusos e imprecisos.

Lo único que se puede decir en defensa de esa falta de sistematicidad —si es que tal defecto es defendible— es que ninguno de los tratados, convenios o protocolos internacionales relativos al terrorismo contiene una definición típica de terrorismo o actos de terrorismo, ya que, como es bien sabido, no existe una definición total de terrorismo universalmente aceptada.¹⁹ Sin embargo, desde hace algún tiempo, en el seno de la ONU hay consenso sobre determinados elementos que definen al terrorismo, por lo que dichos componentes pudieron ser utilizados por el legislador salvadoreño para tipificar en la LECAT el delito de *actos de terrorismo* y evitar así la proliferación de tipos penales abiertos y el uso de conceptos jurídicos indeterminados que abundan en la ley en comento. Por ejemplo, en la resolución 1566, de 2004, la Asamblea General de la ONU se refirió a:

[...] actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de causar un estado de

¹⁹ Sobre la falta de una definición universalmente aceptada de terrorismo se ha dicho: “[...] nuestra cultura jurídica carece de un significado unívoco y preciso y ello, seguramente, porque el terrorismo, además de hacer referencia a un hecho delictivo, es un concepto histórico, con una fuerte carga emotiva o política, que en cada momento y lugar ha sido aplicado a realidades muy diversas que difícilmente pueden recibir tratamiento unitario”. Lamarca Pérez, o. cit., pp. 535-560. En el mismo sentido, se dice que en el período de 1936 a 1981, al examinar diversos tratados internacionales y leyes nacionales, se pueden contar no menos de 109 propuestas de definición de terrorismo, sin que ninguna hay sido unánimemente aceptada. Al respecto, véase Christophe Swinarski, “Del terrorismo en el derecho internacional público”, en Gabriel Pablo VALLADARES (comp.), *Lecciones y ensayos*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, p. 534.

terror en la población en general, en un grupo de persona o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de realizarlo.²⁰

En el mismo sentido, la ONU ha nombrado a un comité ad hoc para la elaboración de un convenio general contra el terrorismo que sirva de complemento a las convenciones parciales contra el terrorismo.²¹ El artículo 2 de dicho proyecto contiene la definición siguiente:

Comete delito quien ilícita e intencionalmente y por cualquier medio cause: a) la muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o b) daños graves a bienes públicos o privado, incluidos lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructura o el medioambiente; c) daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes...cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico [...] en caso de que el propósito de tal acto sea, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo.²²

También existe una definición general “implícita”, como la denomina Ambos,²³ en el artículo 2.1. *b* de la Convención de la ONU contra la Financiación del Terrorismo,²⁴ la cual es similar a la del proyecto de convenio general antes citado. Más allá de esas definiciones normativas, el terrorismo debe ser entendido teniendo en cuenta dos aspectos: 1) la existencia de un grupo bien organizado, y 2) que constituya siempre la búsqueda

²⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo*, folleto informativo n.º 32, Ginebra, 2008, p. 6.

²¹ Al respecto, Ambos y Timmermann sostienen: “El actual consenso internacional con respecto a una definición general para el terrorismo se puede deducir de la versión actual del proyecto de convenio sobre terrorismo integral de la ONU, que se está elaborando desde el año 2000 por un comité ad hoc. De acuerdo con esto, el *actus reus* del terrorismo contiene los siguientes ilícitos: (a) la muerte o lesiones corporales graves a cualquier persona; (b) daños graves a la propiedad pública o privada; o (c) daños a la propiedad pública o privada, resultantes o que puedan resultar en pérdida económica importante. Con respecto al *mens rea*, los actos terroristas tienen que ser cometidos (a) intencionalmente, y (b) con una intención especial dirigida a (aa) intimidar a una población o (bb) obligar a un gobierno o una organización internacional a hacer o no hacer alguna actividad. Con anterioridad a la comisión real del hecho, la tentativa y la amenaza de un acto terrorista se declaran perseguibles”. Kai Ambos y Anina Timmermann, “Terrorism and customary international law”, en Ben Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, pp. 32 y 33, traducción libre.

²² *Ibíd.*, p. 7.

²³ Ambos, o. cit., p. 228.

²⁴ Véase el Texto de dicha disposición en la sección “Referencias legislativas”.

de un objetivo político y transmita una extensa amenaza para la paz y la seguridad.²⁵ En sentido similar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha perfilado los supuestos necesarios que definen la existencia de un grupo terrorista: uno estructural, basado en el carácter organizado y armado de los grupos terroristas, y otro teleológico, como es la finalidad o el resultado político, supuesto que singulariza y diferencia al grupo terrorista del resto de organizaciones criminales propias de la delincuencia organizada.²⁶

Es posible que el legislador salvadoreño pretendiera prescindir de un tipo penal básico de terrorismo por considerar que este queda definido en el objeto de la ley (artículo 1 LECAT),²⁷ en el que se dice que se pretende prevenir, investigar, sancionar y erradicar los delitos a los cuales se les asignan, de manera genérica, elementos o características que forman parte de las definiciones de terrorismo antes citadas, como la intención de provocar estados de terror en la población, pero agregando otros elementos objetivos y subjetivos extraños o distintos al terrorismo, como el poner en peligro inminente la integridad mental de las personas. En todo caso, aunque en ese artículo 1 se hubiera incorporado la definición textual del proyecto de Convención general de la ONU sobre Terrorismo, o la del artículo 2.1.b del Convenio para la Represión de la Financiación del Terrorismo, antes referidas, el texto adolecería de un grave problema de técnica legislativa, porque ubicaría dicha definición como el objeto de la ley, no como el tipo penal básico.

Desde una perspectiva político-criminal, esta ley puede ser catalogada como parte del derecho penal simbólico, que responde más a la necesidad política de determinados grupos de poder de congraciarse con los electores, sin darle verdadera importancia a una adecuada redacción que cumpla estándares mínimos de la técnica legislativa y otros aspectos para su aplicación efectiva. Asimismo, la marcada tendencia a vulnerar principios penales que forman parte del Estado democrático de derecho, y otros rasgos, como el adelantamiento de la punibilidad, el aumento de penas y la utilización de conceptos ambiguos en las tipificaciones de los tipos penales, también permiten clasificarla como una legislación propia del *derecho penal del enemigo*.²⁸

²⁵ Cancio Meliá, GA, n.º 159 (2012), pp. 8-12, citado por Ambos, o. cit., p. 234.

²⁶ Jesús Santos Alonso, "El tratamiento jurídico del terrorismo en el Código Penal Español", <http://www.cicte.oas.org/Database/Cartagena_Jesus_Santa_Alonso.pdf> (20.12.2014); también Lamarca Pérez, o. cit., pp. 535-560.

²⁷ Véase el texto del artículo 1 LECAT en la sección "Referencias legislativas".

²⁸ Manuel Cancio Meliá, "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo", *Jueces para la Democracia*, n.º 44, Madrid, 2002, pp. 123-137; Eugenio R. Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires: Ediar, 2006, pp. 36.

4. Análisis jurídico específico de algunas disposiciones de la LECAT

4.1. Disposiciones contrarias al principio de legalidad

El principio de legalidad penal encuentra sustento en los artículos 8 y 15 de la Constitución salvadoreña²⁹ y está expresamente previsto en el artículo 1 del Código Penal.³⁰

Lo primero que encontramos como contrario al principio de legalidad³¹ es la ausencia de un tipo penal básico de *actos de terrorismo*.³² Sin embargo, el capítulo III LECAT se denomina “Actos de Terrorismo”, lo que indica que para el legislador, los tipos penales comprendidos entre el artículo 5 y el 29 de dicha ley son considerados como tales y en consecuencia todos son tipos penales abiertos,³³ porque para su plena comprensión e interpretación hay que acudir a otros cuerpos jurídicos —nacionales, extranjeros o

²⁹ Disposiciones que dicen:

“Artículo 8. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”.

“Artículo 15.- Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”.

³⁰ Artículo que reza:

“PRINCIPIO DE LEGALIDAD

“Artículo 1. Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad.

“No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal”.

³¹ Sobre el respeto al principio de legalidad y otros principios del derecho penal que debe observar la legislación antiterrorista, véase Myrna Villegas Díaz, “Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal”, en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 2, Santiago de Chile, 2006, p. 2.

³² La ausencia de un tipo penal básico o general de terrorismo es un rasgo común en las legislaciones antiterroristas de otros países de América Latina —para el caso, Argentina—. Al respecto véase Carlos Christian Sueiro y Bibiana Birriel, “Los tipos penales de asociación ilícita terrorista y financiación del terrorismo. Una nítida y clara proyección de la influencia selectiva del poder punitivo internacional en la legislación nacional”, <<http://www.aapdp.com.ar/archivosparabajar/02Birriel.pdf>> (20.12.2014), p. 16-18.

³³ Aunque los tipos penales abiertos no son totalmente rechazados en el ordenamiento jurídico salvadoreño, ya que la Sala de lo Constitucional ha dicho: “Sin embargo es preciso hacer las siguientes acotaciones a la anterior afirmación: (i) el Legislador penal no está constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción típica, sino sólo cuando se sirva de expresiones que, por su falta de arraigo en la cultura jurídica, carezcan de toda virtualidad significante; (ii) la utilización de conceptos jurídicos abiertos que permitan un margen de interpretación objetivamente determinable, no se opone por consiguiente al principio de legalidad penal, cuando de ellos se desprende con la mayor claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada [...]”. Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, sentencia IS005203.04, de 1.4.2004, considerando vi.1.

internacionales—, a la doctrina o a la jurisprudencia, a fin de identificar los elementos objetivos y subjetivos que configuran el terrorismo o los actos de terrorismo. Es una tarea casi imposible porque, como se sabe y como se explicó arriba, no hay una definición general de terrorismo universalmente aceptada.

En cuanto al principio de legalidad penal, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha dicho:

El principio de legalidad penal surge esencialmente como una concreción coetánea al Estado de Derecho; específicamente en el ámbito del derecho estatal sancionador. Tal principio postula el sometimiento al imperio de la ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado sobre los ciudadanos, a partir de las siguientes exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el juez se convierta en legislador.³⁴

Previamente, la Sala de lo Constitucional se había pronunciado sobre la necesidad de claridad de la ley penal, como derivación del principio de legalidad:

[...] la ley debe ser clara para que a nadie induzca a error por su oscuridad y dicha claridad normativa requiere de una tipificación unívoca de los supuestos de hecho, que evite en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas, con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho.³⁵

En la sentencia de inconstitucionalidad de la llamada Ley Antimaras,³⁶ la Sala destacó la relevancia de preservar y observar los principios de legalidad y seguridad jurídica, a través de los cuales el legislador y los jueces deben estar sometidos al imperio de la ley, y los primeros tienen la obligación de emitir leyes claras, precisas y comprensibles, “[...] evitando en lo posible la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que pudiesen dar lugar a la aparición de divergencias interpretativas”.³⁷

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad de 1.6.2004, considerando vi.1.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, sentencia de amparo de 17.6.1999, considerando III.2

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, sentencia IS005203.04, de 1.4.2004, considerando vi.1.

³⁷ *Ibidem*.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la dimensión de *lex certa*, ha dicho:

[...] la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.³⁸

Según, la jurisprudencia indicada, la LECAT casi en su totalidad contraría el principio de legalidad entendido en los términos antes expuestos, especialmente en su manifestación de *lex certa*, porque utiliza conceptos ambiguos e indeterminados en todas o la mayoría de sus disposiciones,³⁹ entre ellas:

El artículo 1 (“Objeto de la ley”) utiliza las expresiones “estados de alarma, terror o terror en la población” y “bienes materiales de significativa consideración o importancia”. Por ser expresiones indeterminadas o ambiguas, su determinación queda sujeta a la discreción de los aplicadores de la ley, sin que para ello se establezcan parámetros objetivos, como el daño concreto a bienes jurídicos específicos.

El artículo 3 (“Respeto a la soberanía nacional”) menciona las actividades policiales “o de cualquier otro tipo”, es decir, incurre de nuevo en el uso de conceptos abiertos e indeterminados.

El artículo 4 (“Definiciones”), supuestamente incorporado para dar claridad a los conceptos utilizados en el texto normativo, paradójicamente incurre en el uso de términos abiertos, ambiguos e indeterminados, como los siguientes:

- literal *d*: “artefacto explosivo”; en el número 2 emplea la expresión “sustancias similares”;

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petrucci y otros contra Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, reparaciones y costas), <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>, § 121.

³⁹ Los órganos de derechos humanos del sistema interamericano también han interpretado el principio de legalidad en el sentido de exigir que los delitos estén definidos sin ambigüedades. De acuerdo con este requisito, los delitos deben tipificarse en términos precisos e inequívocos que definan con precisión el delito sancionable. Esto a su vez requiere una clara definición de la conducta penalizada, que establezca sus elementos y los factores que la distinguen de comportamientos que no son delitos sancionables o son sancionables por otras penas. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Terrorismo y derechos humanos*, Washington D. C.: OEA, 2002, <http://www.cidh.org/Terrorism/Spain/i.htm#_ftnref555>, § 225.

- literal *i*: “fondos”, entendidos como los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, y expresamente dice “sin que la enumeración sea exhaustiva”;
- literal *m*: “organizaciones terroristas”; también incurre en el uso repetitivo de expresiones amplias y ambiguas, como “cierta estructura”, “vínculos en alguna medida estables o permanentes”, “métodos violentos o inhumanos”, “infundir terror, inseguridad o alarma”.

El artículo 6 (“Ocupación armada de ciudades, poblados y edificios”) usa las expresiones “instalaciones privadas” y cuando se refiere a los medios empleados habla de “armas, explosivos u artículos similares”. Es evidente que la expresión “artículos similares” es imprecisa, por lo que en ella puede ser incluido todo aquello que la autoridad competente decida de manera arbitraria.

En los artículos 8 y 11 utiliza la categoría “terrorismo”, sin que, como ya se ha explicado, en ninguna parte de la ley exista una definición previa de dicho concepto o fenómeno.

El artículo 9 (“Simulación de delitos”) penaliza con prisión de cinco a diez años de prisión a quien “simulare la realización de cualquiera de los delitos contemplados en la presente ley o cualquier tipo de prueba en apoyo a tal simulación”, sin establecer una sola característica, parámetro o elemento descriptivo que permita definir o delimitar qué será entendido por *simulación* y menos qué es eso de “cualquier tipo de prueba en apoyo a tal simulación”.

El artículo 14 (“Actividades delictivas relacionada con armas, artefactos o sustancias explosivas, agentes químicos o biológicos, armas de destrucción masiva, o artículos similares”) emplea las expresiones “o cualquier otro elemento”, “o cualquier otra sustancia similar o artefacto”, “visibles u ocultos”, dejando abierta a la discrecionalidad de las autoridades policiales o fiscales la definición de cualquier objeto como arma. En esta disposición, al igual que la del artículo 6, incurre en la contradicción de usar el concepto genérico *armas* habiendo definido previamente, en el artículo 4.e, el concepto *armas de fuego*.

Los artículos 6 y 15 emplean los conceptos de *arma* y *arma de fuego* de manera diferente a las definiciones formuladas por la misma ley en el artículo 4, literales *c* (“armas químicas”) y *e* (“armas de fuego”). Por otra parte, el artículo 23, bajo el título “Arma, artefacto o sustancia explosiva, de destrucción masiva, u otro similar mortífero a bordo de buque o aeronave”, utiliza la expresión “cualquier instrumento que pueda ser considerado como arma” e incluye “otro similar”, dejando un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades públicas sobre qué será entendido como *arma*.

Asimismo, en varias disposiciones de carácter procesal o administrativo contenidas en la LECAT —por ejemplo, los artículos 36 (“Nulidad de instrumentos”), 37 (“Congelamiento de fondos”), 38 (“Incautación de bienes, productos o instrumentos por delitos cometidos en el exterior”) y 49 (“Intercambio de información”)— se utilizan también muchos conceptos y expresiones indeterminados o ambiguos, que incumplen la condición de *lex certa* y, en consecuencia, infringen el principio de legalidad.

4.2. Infracciones al principio de lesividad

Como se expuso arriba, la LECAT carece de un tipo penal general de terrorismo o actos de terrorismo, lo que implica que carece de la determinación clara del bien jurídico protegido.⁴⁰ En lugar de una definición central o general de terrorismo, esta ley tipifica 25 tipos penales considerados como actos de terrorismo específicos, cada uno con diferentes bienes jurídicos protegidos.

En la legislación salvadoreña el principio de lesividad está sustentado por el artículo 2, inciso 1, de la Constitución y expresamente regulado en el artículo 3 del Código Penal.⁴¹ Sobre este principio, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto:

[...] es viable afirmar que el establecimiento normativo de la desviación punible no es totalmente libre en sede legislativa; es decir, la determinación de las conductas sobre las cuales aplicar una sanción, no queda librada a la plena discreción de su configurador normativo, sino que debe obedecer a los lineamientos impuestos por la Constitución; uno de ellos es *el principio de lesividad, según el cual la tipificación de una conducta como delictiva debe obedecer a una prohibición de realizar conductas que, según las consideraciones del legislador, sean dañosas, es decir, que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos fundamentales o instrumentales*.⁴²

⁴⁰ Aunque no existe una opinión unánime, según varios autores el bien jurídico protegido en el delito de terrorismo es el ordenamiento jurídico democrático o el orden constitucional. Véase Villegas, “Los delitos de terrorismo”, o. cit., p. 9, e ídem, “Convención Interamericana...”, o. cit., p. 180; Lamarca Pérez, o. cit., p. 559; Cancio, “Derecho penal del enemigo...”, o. cit., p. 24.

⁴¹ Ese artículo dice:

“PRINCIPIO DE LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO

“Artículo 3. No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal”.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, sentencia IS005203.04, de 1.4.2004, considerando IV.1 (curtidas en el original).

En los delitos de terrorismo establecidos por la LECAT no aparecen los dos elementos distintivos, que son la estructura armada y el elemento teleológico o la finalidad política. La norma se limita a crear tipos penales basados en la especial peligrosidad de los medios utilizados y la finalidad de producir miedo, terror o alarma en toda o parte de la población, por lo que extiende la punibilidad a formas variadas e imprecisas de violencia, distintas del terrorismo, con lo cual vulnera el principio de lesividad, según el cual el fundamento de cualquier delito es la protección de bienes jurídicos.

Además de esa vulneración general al principio de lesividad, la LECAT incurre en otras infracciones específicas en varias de sus disposiciones, entre ellas las que se exponen y explican a continuación:

El artículo 5, que tipifica el delito de “Actos de terrorismo contra la vida, la integridad personal o la libertad de personas internacionalmente protegidas y funcionarios públicos”, sanciona a quien “ejecutare un acto contra la vida, la integridad personal, la libertad o seguridad de una persona internacionalmente protegida, de los Presidentes de los tres Órganos del Estado o quienes hagan sus veces y de los demás funcionarios públicos o autoridades públicas; o contra sus familias que habiten su casa, cuando dichos actos hubieren sido cometido en razón de la funciones del cargo o actividades que esas personas ejercieren [...]”.

Tal como está redactada la presunta conducta típica, no se establece diferencia acerca del grado o la intensidad de los actos contra la vida o la integridad personal del individuo protegido por la norma. La ausencia de criterios de distinción o medición del daño o la lesión del bien jurídico protegido hace que cualquier acto, por pequeño o insignificante que sea, se adecue a esa tipificación y quede sujeto a una sanción penal desproporcionada. Para el caso, un golpe o una lesión que produzcan incapacidad médica por un período menor de cinco días, según el artículo 375 del Código Penal salvadoreño, es considerado una falta, sancionada con arresto de quince a veinticinco fines de semana; pero si ese golpe o lesión se realiza contra una de las personas protegidas por el tipo penal del artículo 5 de la LECAT, en razón de las funciones que ejerce, quedaría incluido en ese último delito que tiene una sanción de 40 a 60 años de prisión.

El artículo 6 tipifica como “Ocupación armada de ciudades, poblados y edificios” la conducta de quien participe en forma individual o colectiva en tomas u ocupaciones de tales sitios “empleando para ello armas, explosivos u artículos similares, afectando de esa manera el normal desarrollo de las funciones o actividades de los habitantes, personal o usuarios”, con una sanción de 25 a 30 años de prisión. Aparte de no dejar en claro cuál

es el bien o los bienes jurídicos protegidos por esta figura delictiva —podría ser la paz pública, el orden constitucional, la libertad ambulatoria o la continuidad de los servicios públicos, entre otros—, no establece criterios para diferenciar el grado de afectación de tales bienes jurídicos. Esto se vuelve más complicado por el uso del concepto *arma*, que, al no ser preciso, puede incluir el uso de objetos como piedras o palos. De tal manera, por mínima que fuera dicha afectación —como podría ocurrir en el caso de una manifestación que obstaculice la entrada a un edificio público y en la que algunos de los manifestantes porten objetos que pudieran ser calificados como armas—, estas personas podrían ser detenidas y procesadas bajo esta figura de terrorismo, la cual podría ser utilizada para reprimir actos legítimos de protesta pública.

El artículo 7 (“Adulteración de sustancias”) sanciona con prisión de 10 a 15 años a quien “adulterare medicinas, productos alimenticios o sustancias de todo tipo, destinados al consumo humano, con el fin de causar la muerte o dañar la salud”. Aunque claramente los bienes jurídicos protegidos son la vida y la salud individual o colectiva, este tipo penal no establece parámetros de distinción según el grado de afectación a dichos bienes jurídicos, lo que puede provocar una confusión con algunos de los delitos contra la salud pública establecidos en el Código Penal, en particular la “Fabricación y comercio de alimentos nocivos”, establecido en el artículo 275, cuyo ordinal 4 sanciona con prisión de dos a cuatro años a quien “adulterare los alimentos, sustancia o bebidas, destinadas al comercio alimentario con aditivos no autorizados, susceptibles de causar daño a la salud de las personas”, y el delito de “Envenenamiento, contaminación o adulteración de aguas y sustancias alimenticias”, que establece una pena de tres a seis años de prisión a quien “envenenare, contaminare o adulterare aguas o productos alimenticios, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas”.

El artículo 8 (“Apología e incitación pública de actos de terrorismo”) sanciona con cinco a diez años de prisión dos conductas: “hacer apología del terrorismo” e “incitar a otro y otros a cometer cualquiera de los delitos previstos en la LECAT”. En cuanto a la segunda conducta, el bien jurídico tutelado debería ser el que corresponde a cada uno de los delitos tipificados en la LECAT, cuya incitación a cometerlos realiza el autor. Con relación a la primera conducta, “hacer apología del terrorismo”, no puede definirse el bien jurídico protegido debido a que, como se ha explicado, la ley en comento no define el terrorismo y por lo tanto no permite identificar el bien jurídico tutelado, con lo cual se incurre en una vulneración del principio de lesividad. Además, ambas conductas tipificadas carecen de criterios de definición del daño concreto causado a bienes jurídicos

individuales o colectivos, por lo cual se podría afirmar una segunda vulneración al principio de lesividad.

El artículo 9 (“Simulación de delitos”) sanciona con prisión de cinco a diez años a quien “simulare la realización de cualquiera de los delitos contemplados en la presente ley o cualquier tipo de prueba en apoyo a tal simulación [...]”. Si bien podría argumentarse que el bien jurídico protegido por esta simulación será el que corresponde a cada uno de los delitos tipificados en la LECAT y cuya realización se simula, la redacción indicada no expresa cuál es el resultado lesivo o el daño a un determinado bien jurídico, por lo que este tipo penal también infringe el principio de lesividad.

El artículo 15 (“Actos terroristas cometidos con armas, artefactos o sustancias explosivas [...]”) sanciona con prisión de 40 a 60 años a quien “utilizare, activare o detonare, armas de fuego, artefactos o sustancias inflamables, tóxicas o explosivas, armas de destrucción masiva [...] en los lugares públicos, unidades de transporte público de pasajeros, terminales de transporte público, e instalaciones públicas [...] provocando la muerte o lesiones físicas o psicológicas de una o más personas [...]”.

En esa disposición está claro que los bienes jurídicos protegidos son la vida y la integridad física y psicológica de las personas, en vista de que se sanciona el resultado de muerte o lesiones físicas o psicológicas. Sin embargo, ella entra en conflicto con el principio de lesividad porque dichos resultados, al faltar la finalidad especial de atemorizar a la población o parte de ella y obligar a una entidad política a hacer o dejar de hacer algo, en la tipificación del tipo penal, no podrían diferenciarse de los delitos comunes de homicidio y lesiones,⁴³ sancionados con una penalidad menor en el Código Penal. Además, la descripción típica enumera muchas conductas (utilizar, activar, detonar), diversos medios (armas de fuego, artefactos o sustancias inflamables, asfixiantes, tóxicas o explosivas, etc.) y diversos lugares (lugares públicos, unidades y terminales de transporte público, etc.), sin establecer criterios objetivos de dañosidad a los bienes jurídicos protegidos.

⁴³ “[...] el terrorismo consiste en primer lugar en realización de delitos ‘comunes’ que en todos los ordenamientos jurídicos se castigan como los más incompatibles con las reglas de la convivencia. La diferencia con los delitos ‘comunes’ radica en la instrumentalización de atentados a bienes jurídicos básicos para obtener el fin de atemorización, intimidación a la población o a parte de ella, y a los poderes públicos.” Véase Adela Asúa Batarrita, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en Juan Ignacio Echano Basaldua (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, p. 4.

4.3. Disposiciones contrarias a los principios de necesidad y proporcionalidad de la pena

El principio de necesidad y el subprincipio de proporcionalidad de la pena se encuentran sustentados en el artículo 27, incisos 2.º y 3.º, de la Constitución⁴⁴ y explícitamente se establecen en el artículo 5 del Código Penal.⁴⁵

En cuanto a este principio, la Sala de lo Constitucional se ha pronunciado en los términos siguientes:

[...] la dignidad del individuo va fijando los límites al rigor de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque el Estado convenga en establecer penas desproporcionadas, ello no sólo se opone al artículo 27 de la Constitución, sino también al reconocimiento de la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado; es decir, el individuo nunca puede ser objeto o instrumento para los fines del Estado, para el caso de la protección de bienes jurídicos y prevención del delito, lo cual se verifica al tratar de castigar penalmente a quien cometa un delito, con la sola finalidad de alcanzar una prevención general intimidatoria. Ello es propio de sistemas transpersonalistas y autoritarios, en los que la persona humana es un instrumento al servicio del Estado.⁴⁶

De la simple revisión de las penas previstas para la mayoría de los tipos penales establecidos en la LECAT, se puede observar que esta ley incurre en la aplicación de penas desproporcionadas. Excepto en el delito de “Apología e incitación pública de actos de terrorismo” (artículo 8) y el de “Simulación de delitos” (artículo 9), ambos con una pena de 5 a 10 años de prisión, así como el de “Organizaciones terroristas” (artículo 13), que establece una pena de 8 a 12 años de prisión para los miembros comunes, los demás tipos penales contemplados en esta ley tienen una amenaza penal mínima de 10 a 15 años, la cual sube a rangos que van desde 15 a 20 años hasta 55 a 65 años en varios tipos penales de cuya comisión se produzca el resultado de muerte o lesiones graves, como “Toma

⁴⁴ Disposiciones que dicen:

“Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento. “El Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos”.

⁴⁵ Artículo que dispone:

“PRINCIPIO DE NECESIDAD

“Artículo 5. Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado”.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional, sentencia IS005203.04, de 1.4.2004, considerando IX.5.

de rehenes” (artículo 16), “Apoderamiento, desvío o utilización de buque” (artículo 18), “Actos contra la seguridad de la aviación civil y aeropuertos” (artículo 19), “Apoderamiento, desvío o utilización de aeronave” (artículo 20) o “Atentado o derribamiento de aeronave” (artículo 21). Es más, si a esas figuras delictivas que tienen el rango de penalidad más elevado se les aplicasen las llamadas “Agravantes especiales” (artículo 34), cuya penalización aumenta en hasta una tercera parte del máximo señalado para cada delito, *la pena máxima llegaría a 86,66 años, es decir, 86 años con 7 meses más 28 días.*

De conformidad con las apreciaciones jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional arriba expuestas, se puede afirmar que esas elevadas penas son contrarias al valor constitucional de dignidad humana contemplado en el Preámbulo de la Constitución de la República y en su artículo 10; violan además el artículo 1 de la Constitución, que proclama a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado —es decir, sostiene una visión humanista y personalista—, así como también el principio de humanidad de las penas y el ideal resocializador de estas consagrados en el artículo 27, pues por la prolongada duración de las penas no es factible que una persona tenga posibilidad de volver a la sociedad.

También constituye una infracción al principio de proporcionalidad de la pena el que una conducta tan leve como podría ser el causar algún daño moderado o de mediana dimensión a un buque o a su carga (artículo 18, *f*), ya sea de forma imprudente o dolosa, sin otra intención o motivación especial, tenga una pena de 15 a 20 años de prisión, con el agravante de que esa es la misma pena prevista para otros tipos penales que claramente son mucho más graves, como el apoderamiento de un buque o de una aeronave y su utilización como medio de ataque (artículos 18.*d*; 19.*d*; 24.*b*), el atentado o derribamiento de aeronave (artículo 21) o la utilización de buque o aeronave, artillada o no, con el fin de cometer actos de violencia o amenaza de violencia contra otro buque o aeronave (artículo 24).

5. Conclusiones

Según el considerando iv y el artículo 1 de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, esta tiene como finalidad prevenir, investigar, sancionar y erradicar las actividades terroristas en todas sus manifestaciones, incluidos su financiamiento y actividades conexas.

Lo primero que se observa en esta ley es su carácter amplio y holístico, ya que por una parte proclama una finalidad extensa y compleja y, por otra, responde a dicho objetivo con la estructura de una ley integral, es decir, un instrumento jurídico-penal que contiene no solo disposiciones sustantivas, sino también normas procesales penales, administrativas, definiciones conceptuales y disposiciones relativas a la prevención del terrorismo. Estamos, en consecuencia, ante una ley ambiciosa y pretenciosa.

Sin embargo, el análisis de la LECAT a la luz de los principios de legalidad, lesividad, necesidad y proporcionalidad de las penas, que se presenta en este trabajo, demuestra que esta es una ley que infringe tales principios y por ello atenta contra derechos fundamentales proclamados por la Constitución de El Salvador, reconocidos y ratificados por la jurisprudencia constitucional de este país. La validez de dicha ley se encuentra cuestionada no solo por opiniones de la comunidad jurídica, sino por una demanda de inconstitucionalidad presentada en 2007, aún no resuelta, pero cuya resolución podría invalidarla de forma total o parcial.

Quienes defienden esta ley —entre ellos los parlamentarios o exparlamentarios que la aprobaron— afirman que ella está ampliamente sustentada porque no es más que la implementación de lo dispuesto por la Convención Interamericana contra el Terrorismo, cuyo cumplimiento es obligatorio para El Salvador por ser uno de los Estados parte. En el mismo sentido, afirman que el artículo 2 de la mencionada convención remite a diez instrumentos internacionales relativos al terrorismo aprobados por la ONU, en los que se impone también la obligación de los Estados parte de tipificar en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos los delitos que se establecen en tales instrumentos internacionales.

No obstante, si se revisan los 10 convenios y protocolos internacionales mencionados en el artículo 2 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo y se comparan con los delitos establecidos en la LECAT, se puede observar que, salvo el tipo penal de “Toma de rehenes” (artículo 16, inciso 1, LECAT), que tiene una redacción casi idéntica a la del artículo 1.1 de la Convención Interamericana contra la Toma de Rehenes, la tipificación de los demás delitos establecidos en la LECAT poco o nada tiene que ver con los tipos penales establecidos en los convenios internacionales, por lo que puede afirmarse que, si la LECAT es la implementación de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, es una lamentable implementación. Por otra parte, si esta ley estuviera formada por transcripciones textuales de las disposiciones de los referidos instrumentos internacionales, quedaría en entredicho si ese trasplante normativo corresponde a la realidad

propia del país, puesto que cualquier adaptación o implementación de determinados instrumentos internacionales debe responder al contexto social, jurídico y político de cada Estado.

Uno de los mayores defectos de la LECAT, que contraría abiertamente el principio de legalidad por infracción al subprincipio de *lex certa*, es que no cuenta con un tipo penal básico de *actos de terrorismo*. No obstante, tipifica 25 modalidades o tipos derivados de actos de terrorismo, lo que hace suponer que en cada una de esas modalidades se encuentran los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal *actos de terrorismo* de manera implícita, subsidiaria o indirecta, pero no hay una descripción típica directa, nuclear y autónoma de dicho delito, que debería ser la fuente de dichas características o elementos descriptivos.

Al no contar con una descripción de los elementos objetivos y subjetivos específicos del tipo penal de *terrorismo* o *actos de terrorismo*, las modalidades o los tipos penales derivados que se establecen en la LECAT se vuelven tipos penales abiertos, difusos o imprecisos. Por este motivo, puede asegurarse que esta ley especial es un conjunto normativo penal que adolece de falta de sistematicidad y coherencia en la formulación de los tipos penales que la integran.

Es posible argüir que no se puede reprochar al legislador salvadoreño la ausencia de ese tipo penal básico porque ningún instrumento internacional contiene una definición típica de terrorismo o actos de terrorismo, debido a que no existe una definición total de terrorismo universalmente aceptada. Sin embargo, como se ha expuesto en este trabajo, sí hay consenso sobre determinados elementos que definen al terrorismo, especialmente en el seno de las Naciones Unidas, por lo que no puede considerarse terrorismo cualquier resultado dañoso, sino solo aquellos que sean intencionales y causen un daño considerable y grave a la vida, la integridad personal, al patrimonio o bienes públicos o privados, pero siempre que el propósito de esos actos, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo.

Esos elementos distintivos del terrorismo, que ya cuentan con una amplia aceptación universal, pudieron ser utilizados por el legislador salvadoreño para tipificar en la LECAT el delito de actos de terrorismo y de esa manera evitar la enorme ambigüedad e imprecisión que caracteriza a la mayoría de sus tipos penales.

Otra de las deficiencias sobresalientes de esta ley es su extremada severidad penal, ya que, excepto dos tipos penales que cuentan con una amenaza penal de entre cinco y

diez años de prisión, y otro que tiene de ocho a doce años de prisión, los demás delitos tienen una amenaza penal cuyo mínimo es de 10 años de prisión, y en los casos más graves el mínimo se eleva a 55 años y el máximo a 65, el cual podría subir a casi 87 años si se aplican las llamadas *agravantes especiales* contempladas en la misma ley.

La ambigüedad, el uso de conceptos difusos, indeterminados e imprecisos al menos en la mayoría de los tipos penales que contiene, así como la exacerbada severidad de las penas previstas, han permitido que esta ley, en la práctica, haya sido utilizada no para cumplir con el fin proclamado en contra de verdaderos actos de terrorismo, sino para perseguir, procesar y sancionar otros fenómenos delictivos, como homicidios cometidos por miembros de maras o pandillas, así como actos vandálicos o desórdenes públicos derivados de manifestaciones de diversos sectores sociales. Estos últimos casos revelan una tendencia de criminalización de la protesta social, aunque se debe aclarar que tal tendencia se observó en los primeros años de vigencia de dicha ley, en octubre de 2007, no así en los últimos seis años, probablemente debido al cambio de gobierno que se produjo en junio de 2009.

Es discutible si los ataques realizados por miembros de pandillas cuentan o no con el elemento teleológico de los actos de terrorismo, como es la finalidad política. No obstante, si seguimos el análisis expuesto *supra* por Kai Ambos y Anina Timmermann, podrían llegar a ser calificados como actos de terrorismo algunos homicidios o lesiones graves (*actus reus*) causados a policías, agentes penitenciarios o militares en labores de apoyo a la seguridad pública, cometidos con armas de fuego a lo largo del 2014 e inicios del 2015, en los que se observa que, además de ser planificados, dichos ataques llevan la intención de intimidar a toda la población o parte de ella, o de obligar al gobierno a dejar de perseguir los crímenes de dichos grupos delictivos (*mens rea*). Para el juzgador esto sería más fácil si la legislación salvadoreña contemplara un tipo penal idéntico o similar al que se propone en el artículo 2 del proyecto de Convenio general contra el Terrorismo, elaborado por el comité ad hoc de la ONU, al que se ha hecho referencia en este trabajo. Pero, al no contar con dicho tipo penal, se dificulta la imputación de los referidos ataques como actos de terrorismo.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law (II): The Crimes and Sentencing*, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- AMBOS, Kai, y Anina TIMMERMANN, “Terrorism and customary international law”, en Ben SAUL (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014.
- ASÚA BATARRITA, Adela, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en Juan Ignacio ECHANO BASALDUA (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2009.
- CANCIO MELIÁ, Manuel: “‘Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo”, *Jueces para la Democracia*, n.º 44, Madrid, 2002.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Terrorismo y derechos humanos*, Washington D. C.: OEA, 2002, <http://www.cidh.org/Terrorism/Span/i.htm#_ftnref555>.
- FESPAD, *Estado de la seguridad pública y la justicia penal en El Salvador 2004*, San Salvador: FESPAD, 2005.
- *Informe anual sobre justicia penal juvenil. El Salvador 2003*, San Salvador: FESPAD, 2004.
- GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires y Ad-Hoc, 2005.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Hortensia, y Enrique ÁLVAREZ CONDE, “Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales”, *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, n.º 7, 2006, pp. 1-10.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen: “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 46.2, Universidad de La Rioja, 1993.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “De nuevo sobre el ‘derecho penal del enemigo’”, *Revista Penal*, n.º 16, Huelva: Universidad de Huelva, 2005.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo*, folleto informativo n.º 32, Ginebra, 2008.
- SANTOS ALONSO, Jesús: “El tratamiento jurídico del terrorismo en el Código Penal Español”, <http://www.cicte.oas.org/Database/Cartagena_Jesus_Santa_Alonso.pdf> (20.12.2014).
- SUEIRO, Carlos Christian, y Bibiana BIRRIEL, “El terrorismo y sus dos discursos: del derecho penal del enemigo al autor por convicción”, <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1094> (20.12.2014).
- “Los tipos penales de asociación ilícita terrorista y financiación del terrorismo. Una nítida y clara proyección de la influencia selectiva del poder punitivo internacional en la legislación nacional”, <<http://www.aapdp.com.ar/archivosparabajar/02Birriel.pdf>> (20.12.2014).

- SWINARSKI, Christophe, “Del terrorismo en el derecho internacional público”, en Gabriel Pablo VALLADARES (comp.), *Lecciones y ensayos*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Convención Interamericana contra el Terrorismo: entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos”, *Derecho y Humanidades*, n.º 9, Santiago de Chile, 2003, pp. 175-189.
- “Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal”, en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 2, Santiago de Chile, 2006, pp. 3-31.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires: Ediar, 2006.

Referencias a decisiones judiciales

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, reparaciones y costas), http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es.
- El Salvador. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia IS005203.04, de 1.4.2004.
- El Salvador. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia de inconstitucionalidad de 1.6.2004.
- El Salvador. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia de amparo de 17.6.1999.

Referencias a legislación

Constitución de la República de El Salvador

Artículo 1. El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

Artículo 2. Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

Artículo 8. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe.

Artículo 10. La ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad o dignidad de la persona. Tampoco puede autorizar convenios en que se pacte proscripción o destierro.

Artículo 15. Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley.

Artículo 27. Sólo podrá imponerse la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional.

Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento.

El Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos.

Código Penal de El Salvador, decreto legislativo 1030, de 26.4.1997, publicado en el Diario Oficial 105, tomo 335, del 10.6.1997

Actos de terrorismo

Artículo 343. El que individualmente o en forma colectiva realizare actos que pudieren producir alarma, temor o terror, utilizando: sustancias explosivas o inflamables; armas o artefactos que normalmente sean susceptibles de causar daño en la vida o en la integridad de las personas será sancionado con prisión de cinco a veinte años.

En igual pena incurrirá el que en las mismas circunstancias y para lograr los fines anteriores, privare de libertad o amenazare u ocasionare la muerte a terceros.

Se tendrá como actos de terrorismo:

- 1) Los dirigidos contra la vida, la integridad personal o la libertad del Presidente de la República o del que haga sus veces y de los demás funcionarios públicos, cuando dichos actos hubieren sido cometidos en razón de las funciones del cargo que esas personas ejercieren;
- 2) La destrucción o daño de los bienes públicos o destinados a uso público;
- 3) La fabricación, procuración, detención o proporcionamiento de armas, municiones, productos explosivos o implementos para la realización de actos de terrorismo;
- 4) La participación individual o colectiva, en tomas u ocupaciones de poblados y ciudades ya se hicieren total o parcialmente, edificios e instalaciones de uso público o destinados para el servicio público, sedes diplomáticas, centros de trabajo y de servicios o de lugares destinados a cualquier culto religioso; y,
- 5) Los ataques armados a guarniciones y otras instalaciones militares.

Proposición y conspiración para actos de terrorismo

Artículo 344. La proposición y la conspiración para cometer el delito a que se refiere el artículo anterior serán sancionadas con prisión de seis meses a dos años.

Estarán exentos de pena los conspiradores que espontáneamente impidieren la realización del plan terrorista.

Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, decreto legislativo 108, de 21.09.2006, publicado en el Diario Oficial 193, tomo 373, del 17.10.2007

Objeto de la ley

Artículo 1. La presente Ley tiene como objeto prevenir, investigar, sancionar y erradicar los delitos que se describen en ésta, así como todas sus manifestaciones, incluido su financiamiento y actividades conexas, y que por la forma de ejecución, medios y métodos empleados, evidencien la intención de provocar estados de alarma, temor o terror en la población, al poner en peligro inminente o afectar la vida o la integridad física o mental de las personas, bienes materiales de significativa consideración o importancia, el sistema democrático o la seguridad del Estado o la paz internacional; todo lo anterior, con estricto apego al respeto a los Derechos Humanos.

En ningún caso, los delitos comprendidos en la presente Ley, serán considerados políticos o conexos con políticos ni como delitos fiscales.

Convención Interamericana contra el terrorismo. OEA. AG/RES. 1840 (XXXII-O/02). Aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 3 de junio de 2002⁴⁷

Artículo 3

Medidas internas

Cada Estado Parte, de acuerdo con sus disposiciones constitucionales, se esforzará por ser parte de los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2 de los cuales aún no sea parte y por adoptar las medidas necesarias para la aplicación efectiva de los mismos, incluido el establecimiento en su legislación interna de penas a los delitos ahí contemplados.

Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Naciones Unidas. Resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999⁴⁸

Artículo 2

1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:

[...] b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a

⁴⁷ <http://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/docs_esp/AGres1840_02.htm>.

⁴⁸ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf>

un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación o conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

*Tratado Marco sobre Seguridad Democrática en Centroamérica. Suscrito en San Pedro Sula, Honduras, el 15 de diciembre de 1995, por los presidentes de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá*⁴⁹

⁴⁹ <<http://www.oas.org/csh/spanish/c&ttratadocentroamerica.asp>>.

EL DELITO DE TERRORISMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Juan Luis Modolell González

RESUMEN. La Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, aprobada en Venezuela el 30 de abril de 2012, castiga el terrorismo con prisión de 25 a 30 años y el delito de financiamiento al terrorismo con prisión de 15 a 25 años. La rigurosidad de la pena para estos delitos parecería obedecer a una necesidad de mantener el orden interno y la seguridad del Estado. La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha calificado al terrorismo como delito de lesa humanidad, y lo ha vinculado especialmente al delito de secuestro, e incluso, implícitamente, lo ha relacionado con el magnicidio.

Palabras clave: terrorismo, delincuencia organizada, lesa humanidad, seguridad, secuestro.

ABSTRACT. The Organic Law against Organized Crime and the Financing of Terrorism, adopted in Venezuela on 30 April 2012, punishes the commission of acts of terrorism with 25 to 30 years of imprisonment and the crime of financing of terrorism with 15 to 25 years of imprisonment. The severe penalties for these crimes are based on the need for maintaining internal order and the security of the State. The Criminal Chamber of the Venezuelan Supreme Tribunal of Justice has described terrorism as a crime against humanity, connecting it especially with the crime of kidnapping and even, implicitly, with assassination.

Key words: terrorism, organized crime, crimes against humanity, security, kidnapping.

ZUSAMMENFASSUNG. Das am 20. April 2012 in Venezuela verabschiedete Verfassungsgesetz gegen das organisierte Verbrechen und die Terrorismusfinanzierung bestraft Terrorismus mit einer Freiheitsstrafe von 25 bis 30 Jahren und Terrorismusfinanzierung mit 15 bis 25 Jahren Freiheitsentzug. Die Härte der Strafandrohung gegen die genannten Straftaten scheint sich aus der Notwendigkeit zu ergeben,

die innere Ordnung und die Sicherheit des Staates aufrechterhalten zu müssen. Die Strafkammer des Obersten Gerichts von Venezuela hat den Terrorismus als Verbrechen gegen die Menschlichkeit eingestuft und ihn insbesondere mit dem Straftatbestand der Entführung und implizit sogar mit dem des Präsidentenmordes in Verbindung gebracht.

Schlagwörter: Terrorismus, organisiertes Verbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, öffentliche Sicherheit, Entführung.

1. Regulación legal

La inclusión de un delito de terrorismo en el ordenamiento jurídico penal venezolano tiene lugar en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada, del 26 de octubre 2005, la cual lo ubicó dentro de los delitos contra el orden público. Esta ley fue reformada en el año 2012, como explicaré después. El artículo 7 de la ley de 2005 castigaba con una pena prisión de diez a quince años a quien “pertenezca, actúe o colabore con bandas armadas o grupos de delincuencia organizada con el propósito de causar estragos, catástrofes, incendios o hacer estallar minas, bombas u otros aparatos explosivos o subvertir el orden constitucional y las instituciones democráticas o alterar gravemente la paz pública”. Como puede apreciarse, el núcleo de la conducta típica giraba en torno a la existencia de un grupo de delincuencia organizada con propósitos terroristas. Además, el tipo penal no exigía que el grupo organizado realizara acto terrorista alguno; únicamente que tuviera como objetivo realizarlos.

Dos consecuencias obvias se desprendían automáticamente del tipo penal señalado. La primera es que se descartaba el castigo de una persona que realizara los actos descritos por cuenta propia, salvo la conducta de colaboración con una organización terrorista, caso en el cual no se requería formar parte de esta.¹ La segunda consecuencia era un claro adelantamiento de la punibilidad. Incluso se castigaba la sola pertenencia a grupos organizados para tal fin;² en absoluto era necesario que se realizara acto terrorista alguno.

¹ Considera Cancio la imposibilidad fáctica de esta última figura, es decir, que exista un colaborador que no pertenezca al grupo terrorista. Manuel Cancio Meliá, “El derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea”, en José Luis de la Cuesta Arzamendi, Ana Isabel Pérez Machio y Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena (dirs.), *Armonización penal en Europa*, San Sebastián: IVAP, European inklings (EUI) II, 2013, p. 317.

² Críticamente, con relación a castigar autónomamente la pertenencia a una organización terrorista, *ibidem*, p. 314.

Bastaba pertenecer a la organización, o incluso colaborar con ella, aunque dicho grupo no hubiese actuado aún.³

Debe mencionarse que, en el tipo penal de la ley de 2005, el propósito terrorista —elemento subjetivo especial exigido— no debía concurrir en el autor del delito sino en la organización criminal. Era esta la que debía perseguir la realización de los actos terroristas, fin que comprendía la subversión “del orden constitucional y las instituciones democráticas”. No obstante, el dolo del autor individual requeriría conocer el fin perseguido por la empresa criminal. En la práctica, la referencia a este objetivo conllevaba la desaparición de los delitos políticos, especialmente cuando se realizaran a través de un grupo organizado o una banda armada, modalidad común en los delitos de esta clase. Piénsese en el caso de un alzamiento militar contra el gobierno venezolano, hecho que necesariamente debía ser calificado como “terrorista” según lo dispuesto en la ley comentada.

En el año 2012 la ley se reformó sustancialmente, a tal punto que pasó a denominarse Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (aprobada el 30 de abril de 2012). Con relación al delito de terrorismo, el artículo 52, ubicado en el capítulo IX (“Del financiamiento al terrorismo”), expresa: “El o la terrorista individual o quienes asociados mediante una organización terrorista, realice o trate de realizar uno o varios actos terroristas, será penado o penada con prisión de veinticinco a treinta años”. Principal variante de este delito, con relación a la ley de 2005, fue la introducción del llamado “terrorista individual”. Por lo tanto, a diferencia de aquella ley, se puede castigar como terrorista a un sujeto que no forme parte de una organización dedicada a tal fin.⁴

³ Característica que Jakobs ha señalado de lo que él denomina “derecho penal de enemigo”, precisamente poniendo como ejemplo la respuesta penal al terrorismo. Al respecto, véase Juan Luis Modolell, “El ‘derecho penal del enemigo’: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid-Buenos Aires: Edisofer-B de F, 2006, tomo II, pp. 326 ss. Sobre una crítica a la política de represión del terrorismo, aludiendo al derecho penal del enemigo, Manuel Cancio Meliá, “Internacionalización del derecho penal y de la política criminal: Algunas reflexiones sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo”, en Jorge de Figueiredo Dias (coord.), *Internacionalização do direito no novo século*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009, pp. 213 ss. Esta tendencia a sancionar penalmente los actos preparatorios de terrorismo se aprecia en la mayoría de legislaciones (Kai Ambos, “Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano. ¿Es el terrorismo un crimen internacional” (trad. de E. Malarino), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3.ª época, n.º 7, 2012, p. 168).

⁴ No obstante, véase la observación de Cancio en la nota 1.

Para determinar cómo se configura la conducta de terrorismo, en qué consiste, hay que recurrir al artículo 4 de la ley, donde se introdujo una amplia definición. Así, dice el numeral 1 de ese artículo:

[Conducta terrorista] es aquel acto intencionado que por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional tipificado como delito según el ordenamiento jurídico venezolano, cometido con el fin de intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.

Al igual que en la ley anterior, esta definición es lo suficientemente amplia, y ambigua, para subsumir en ella cualquier conducta que tenga un fin político,⁵ y se mantiene un importante adelanto de la punibilidad ya que se habla de la conducta que “pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional”. Por lo tanto, no es necesaria la afectación real; basta la *aptitud de afectar* (“pueda”), apreciada *ex ante*, para calificar la conducta como típica.⁶ Por otra parte, según la definición, el acto terrorista debe ser delito, es decir, estar tipificado previamente como tal, caracterizándose especialmente por los fines “terroristas”, señalados en la ley, que persigue el autor durante su ejecución. A diferencia de la ley derogada, podría afirmarse que en la de 2011 el fin terrorista debe ser perseguido por el autor individual del delito. En tal sentido, estamos ante un delito de *tendencia interna trascendente*, ya que el autor persigue un objetivo que está más allá de la exigencia típica, pero que no es necesario efectivamente realizar para la consumación.⁷

⁵ Denunciaba Ambos, hace algunos años, que la ampliación de la definición del terrorismo condujo a una criminalización de movimientos sociales y sectores populares, aunque la vinculó solo a la persecución de grupos de izquierda (Kai Ambos, *Terrorismo y ley*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989, pp. 103 ss).

⁶ Este aspecto tiene carácter objetivo. Otra opinión parecería sostener Ambos, al afirmar que “toda referencia al efecto desestabilizador del acto terrorista está normalmente vinculado con la intención (especial) del autor” (Ambos, “Creatividad judicial...”, o. cit., p. 170). Como expresé *supra*, el acto debe tener la aptitud (elemento objetivo) de producir el “efecto desestabilizador”, independientemente del fin que persiga el agente, el cual se analiza en el aspecto subjetivo del tipo. Puede que el agente obre sin un fin de desestabilizar aunque efectúe un acto con dicho potencial, caso en el cual no responderá por terrorismo, o que persiga dicho fin mediante un acto inocuo, supuesto en el cual cabría la posibilidad de castigar por tentativa (inidónea) de terrorismo.

⁷ Edmund Mezger, *Tratado de Derecho penal* (trad. de Rodríguez Muñoz), tomo I, Madrid, 1946, pp. 343 ss.; Hans-Heinrich Jescheck, y Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlín: Duncker & Humblot, 1996, p. 319.

Es de resaltar, con relación a los mencionados fines terroristas perseguidos, que después de la reforma estos ya no se circunscriben a la desestabilización o destrucción de las “estructuras políticas fundamentales, constitucionales...”,⁸ sino que se extienden a las condiciones “económicas o sociales de un país o de una organización internacional”. Por ejemplo, según la mencionada tipificación, una huelga de trabajadores podría ser calificada como un acto terrorista, en la medida en que tenga la aptitud para desestabilizar las estructuras sociales o económicas. Al respecto, en el 2013, PROVEA, una de las más prestigiosas ONG venezolanas, se refirió a la aplicación de esta ley para la persecución de la disidencia política y de los movimientos sociales, afirmando:

[...] la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (LODOFAT) [...] está orientada a la criminalización de la protesta y la proscripción de las formas de lucha que históricamente ha adoptado el movimiento obrero [...] PROVEA denunció a esta Ley como potencial violadora de los derechos humanos debido a su ambigua definición de “acto terrorista” y “delincuencia organizada” [...] Establece penas para las personas naturales y jurídicas, que sean calificadas como terroristas o cooperantes con el terrorismo [...] Sin embargo el objetivo principal de la LODOFAT es la desarticulación y desmovilización de los sectores en lucha, entre ellos, los sindicatos y gremios.⁹

En el delito de la ley vigente se aprecia un notable aumento de la pena con relación a la ley anterior. Así, prevé una pena de entre 25 y 30 años de prisión, sanción mayor que la del homicidio con alevosía del artículo 406 del Código Penal, que contempla una pena de 15 a 20 años de prisión, tomando en cuenta que el delito de terrorismo no necesariamente debe suponer un delito contra la vida. La falta de una seria política criminal y la reacción espasmódica ante el llamado *fenómeno terrorista* acarrearán esta evidente infracción al principio de proporcionalidad de las penas.¹⁰

Seguidamente, el referido numeral 1 del artículo 4 de la ley califica como actos terroristas:

⁸ Según los tratados internacionales de la materia, el interés protegido mediante la represión del terrorismo es la paz y la seguridad (Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, vol. II, p. 232).

⁹ <<http://www.derechos.org/ve/2013/06/25/>>.

¹⁰ Sobre la tendencia de la legislación antiterrorista a infringir el mencionado principio de proporcionalidad, véase Ambos, *Terrorismo y ley*, o. cit., pp. 117 ss. Al respecto, sobre la ley venezolana de 2012, expresó en el Parlamento el diputado proponente, Elvis Amoroso: “La delincuencia organizada comete delitos abominables que deben ser perseguidos con toda la fuerza, por ello se suben las penas...” (*El Universal*, Caracas, jueves 2 de febrero de 2012).

[...] los que se realicen o ejecuten a través de los siguientes medios: a. atentados contra la vida de una persona que puedan causar la muerte; b. atentados contra la integridad física de una persona; c. secuestro o toma de rehenes; d. causar destrucciones masivas a un gobierno o a instalaciones públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas de información, plataformas fijas o flotantes emplazadas en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e. apoderamiento de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo, o de mercancías; f. fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro, desarrollo o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas; g. liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h. perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas.

Debe interpretarse que dichas conductas tienen que ser realizadas con el propósito previsto en el encabezamiento del tipo penal, es decir, con el fin desestabilizador. No obstante, ya que la mayoría de estos medios señalados son a su vez delitos autónomos, queda la duda de si ellos se aplicarían en concurso con el terrorismo, o se supone que este último delito ya los contiene como parte de su descripción típica. Incluso surge también la cuestión de si el delito de terrorismo puede realizarse mediante conductas distintas a las señaladas. Personalmente considero, en función de interpretar restrictivamente el delito mencionado, que no se aplica el concurso referido, y que el terrorismo solo puede ejecutarse mediante esos medios descritos expresamente.

Como he señalado, cada uno de esos actos debe tener la aptitud, valorada *ex ante*, de afectar la organización política de un país, o una organización internacional, o el orden social-económico. Por lo tanto, se trata de una especie de tipo de peligro abstracto con resultado material, como el tipo de incendio grave del § 306a (numeral 1 del aparte 1) del Código Penal alemán,¹¹ donde la muerte, la destrucción, los daños, etc. (resultados

¹¹ Según Heine y Bosch, una de las características del tipo de incendio referido es que constituye un delito de peligro abstracto, en el cual dicho peligro (abstracto) para el bien jurídico se fundamenta, junto con la peligrosidad de la acción, en la realización de un resultado sobre los objetos del acto (*Tatobjekten*) —por ejemplo, quemar el edificio, el barco, etc.—; mientras que el bien jurídico protegido en dicho tipo penal sería la vida de las personas (Nikolaus Heine y Günter Bosch, “§ 306 a”, en Adolf Schönke y Horst Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Múnich: Beck, 2014). Igualmente, afirma Suhr, “en delitos como la estafa y el incendio grave se realiza la acción sobre objetos que no tiene nada en común con el bien jurídico” (Christian Suhr, “Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht”, *Juristische Arbeitsblätter*, vol. 10, 1990, p. 307). En este sentido, algunos autores hablan de los “delitos de peligro abstracto-concreto”, en los cuales el legislador destaca, aparte de la “idoneidad general” de la acción, causar

materiales) deben tener la capacidad de afectar aquellos intereses. Y, obviamente, en el plano subjetivo, es necesario que el autor persiga dicha afectación. Así, puede que el autor se apodere de un transporte de mercancías con el fin de desestabilizar el orden económico, o el gobierno, pero que ello en sí (valorado *ex ante*) sea totalmente inocuo para tal fin. Se descartaría entonces el peligro estadístico, esencial en cualquier tipo de peligro abstracto,¹² y por ende el delito de terrorismo.

Una interpretación como la anterior restringiría considerablemente el alcance literal del tipo penal de terrorismo de la ley comentada, y corregiría la ambigüedad de la tipificación que se evidencia, por ejemplo, en la referencia que se hace a la “naturaleza o contexto” para calificar de terrorista un hecho. Estos términos indeterminados permitirán una amplia aplicación discrecional por el juez, y se infringiría la característica de *lex stricta*, derivada del principio de legalidad, según la cual la ley debe establecer correcta y suficientemente el supuesto de hecho típico y la pena.¹³

En el artículo 53 de la ley de 2012 se incorpora el delito de financiamiento al terrorismo, que sanciona con prisión de 15 a 25 años a quien:

[...] proporcione, facilite, resguarde, administre, colecte o recabe fondos por cualquier medio, directa o indirectamente, con el propósito de que éstos sean utilizados en su totalidad o en parte por un terrorista individual o por una organización terrorista, o para cometer uno o varios actos terroristas [...] aunque los fondos no hayan sido efectivamente utilizados o no se haya consumado el acto o los actos terroristas.¹⁴

un resultado lesivo —perjudicial— (Bernd Schünemann, “Moderne Tendenze in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 793. El concepto de *delito de peligro abstracto-concreto* es creación de Schröder).

¹² Se trata de conductas que, si bien aisladamente no afectan el objeto del bien jurídico protegido ni llegan realmente a ponerlo en peligro, su repetición futura se traduciría en un peligro real o en una lesión de aquel —peligro estadístico— (Juan Luis Modolell, *Teoría del delito*, Caracas: UCAB, 2014, pp. 68 ss).

¹³ Al respecto, véase Juan Luis Modolell, “El principio de legalidad de los delitos y de las penas en la Constitución venezolana de 1999”, en Juan Luis Modolell y Carla Serrano (coords.), *Estudios sobre derecho de la niñez y ensayos penales. Libro homenaje a María Gracia Morais*, Caracas: UCAB, 2011, pp. 430 ss. En general, sobre la ambigüedad en la definición del delito de terrorismo, véase Ambos, *Treatise...*, o. cit., p. 232; ídem, “Creatividad judicial...”, o. cit., pp. 153 ss; también ídem, *Terrorismo y ley*, o. cit., p. 102.

¹⁴ Según Cancio (o. cit., p. 319), delitos semejantes constituirían una forma de colaboración con una organización terrorista, figura que por cierto se eliminó en la reforma de la ley venezolana. En general, sobre la crítica a una tipificación semejante véase *ibidem*, pp. 319 ss.

Esta definición se basa mayormente en el artículo 2 del Convenio Internacional de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999. Al igual que en el Convenio, el artículo 53 de la ley establece un notable adelantamiento de punibilidad: basta que los fondos hayan sido destinados al financiamiento de actos terroristas, aunque estos no se hayan realizado o los fondos no hayan sido efectivamente utilizados.

También, para este último delito, se prevé una pena superior a la del homicidio con alevosía del artículo 406 del Código Penal, lo cual confirma que el legislador venezolano no ha utilizado ningún criterio razonable para la determinación de la pena.

El comentado artículo 53 incorpora una norma vinculada a la validez territorial de la ley penal, al establecer que la pena “se aplicará independientemente de que los fondos sean utilizados por un o una terrorista individual o por una organización terrorista que opere en territorio extranjero o con independencia del país donde se efectúe el acto o los actos terroristas”. Desde mi punto de vista, interpretando esta disposición armónicamente con los artículos 3 y 4 del Código Penal venezolano, que regulan el ámbito de validez espacial de la ley penal venezolana, el acto de financiamiento al terrorismo debe realizarse en territorio venezolano, no así los actos terroristas ni el efectivo uso de los fondos. Esta conclusión se confirma por la circunstancia de que el delito del artículo 53 no requiere que el acto terrorista llegue a ejecutarse, ni que los fondos lleguen a ser utilizados.

El artículo comentado concluye señalando que el “delito de financiamiento al terrorismo no podrá justificarse en ninguna circunstancia, por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, religiosa, discriminación racial u otra similar”.

2. Contexto político de aprobación de la ley vigente

La reforma de la Ley contra la Delincuencia Organizada, aprobada únicamente por la bancada parlamentaria afín al gobierno en la Asamblea Nacional, debe analizarse en el marco de la situación política existente en Venezuela desde hace unos años. Así, expresa la noticia reseñada por la Agencia Venezolana de Noticias (31 de enero de 2012), que ese “instrumento legal, que consta de 89 artículos, busca ‘prevenir, investigar, perseguir, tipificar y sancionar’ los delitos del crimen organizado y el financiamiento a actos terroristas, como lo indica su artículo 1, y de esta manera *reforzar la política de seguridad*”.

del Estado venezolano [...]”, según el diputado socialista Andrés Eloy Méndez. Añade la noticia que el referido diputado “acusó a los parlamentarios de la derecha venezolana de poner en práctica estrategias dilatorias, durante la discusión de este martes, para evitar la aprobación de una ‘ley dura’ que combata el terrorismo y que es *necesaria para el orden interno y la tranquilidad de la patria*”.¹⁵ Como puede apreciarse, no se esconde la necesidad de aprobar la reforma de la Ley contra la Delincuencia Organizada para mantener el orden interno y la seguridad del Estado, situación denunciada por la oposición al gobierno.¹⁶

Es de resaltar que esta ley se utilizó para reprimir las manifestaciones estudiantiles sucedidas en Venezuela durante el año 2014, contra el gobierno de Nicolás Maduro, imputando a los detenidos, en muchos casos, el delito de terrorismo.¹⁷

3. Jurisdicción especial

En Venezuela, mediante la resolución 2004-0217, de 22 de noviembre de 2004, publicada en *Gaceta Oficial* 38071, se crearon los “tribunales con competencia exclusiva para conocer y decidir casos cuyas imputaciones, por ilícitos penales, estén vinculadas al terrorismo”. Dentro de los considerandos (motivos) para justificar la creación de los referidos tribunales, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) afirmó:

[...] se hace indispensable, a través del Poder Judicial, la protección más eficaz frente a la diversidad de ilícitos penales con tendencias más graves y más peligrosas, como lo es el terrorismo, no solo por entrañar una gran peligrosidad para el Estado de Derecho y de Justicia en sí, sino también para todos sus ciudadanos y ciudadanas, y desde luego sus instituciones nacionales [...].

Asimismo, se dice:

¹⁵ Cursivas añadidas.

¹⁶ En tal sentido, los diputados de la oposición denunciaron este hecho: “El diputado opositor José España aseguró que este proyecto de reforma de ley *viola unos 20 artículos de la Constitución*, entre los que se encuentran el derecho a la participación, asociación, reunión y debido proceso, a la vez que calificó la normativa como la ‘ley del delator’ [...] ‘Este proyecto no tiene el propósito de sancionar, sino intimidar, de perseguir a la disidencia. Se viola el principio de legalidad, proporcionalidad de la pena y se limita el ámbito de actuación e impacto de la ley’, cuestionó el parlamentario opositor Eduardo Gómez Sigala” (resaltado de la noticia: www.elmundo.com.ve, 1 de febrero de 2015).

¹⁷ Véase el diario *El Universal*, Caracas, 16 de febrero de 2014, y con relación al difundido caso de Massiel Pacheco, vendedora ambulante detenida durante los días de protesta, véase el diario *El Nacional*, Caracas, 3 de abril de 2014.

[...] el terrorismo es inaceptable e incompatible en nuestro Estado Social de Derecho y de Justicia [...] por repudiar cualquier forma, clase o manifestación que origine, aliente, genere o permita toda forma de terrorismo, especialmente las vinculadas a los conflictos políticos y sociales [...].

Por último, se expresa:

[...] ante cualquier acto con forma, clase o manifestación que origine, aliente, genere o permita tendencias terroristas, que pretendan amenazar la paz y la seguridad pública, deben todas las instituciones del Estado venezolano adoptar las medidas conducentes y contundentes a prevenir y sancionar este tipo de actos; incluyendo al Poder Judicial dirigido por este Tribunal Supremo de Justicia.

La mayoría de los considerandos transcritos se vinculan a la necesidad de garantizar la seguridad y estabilidad del Estado. En tal sentido, se hace alusión a la peligrosidad que representa el terrorismo para las “instituciones nacionales”, a la necesidad de “protección del Estado [...] frente al terrorismo” que pretende “amenazar la paz y la seguridad pública”. Incluso, los motivos dejan deslizar que no se trata de cualquier acto terrorista, sino del vinculado “a los conflictos políticos y sociales”.

Desde mi punto de vista, es indudable, según lo expresado por el máximo tribunal venezolano, que la lucha contra el terrorismo llevada a cabo por las instituciones del Estado obedece a una estrategia de control y mantenimiento del orden público interno ante los posibles conflictos generados por la polarización política existente en Venezuela.

4. Jurisprudencia relevante en materia de terrorismo

Sobre la jurisprudencia en materia de terrorismo, es importante la sentencia 0869 de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, del 10 de diciembre de 2001 (ponente Angulo Fontiveros), referida a la solicitud de extradición hecha por las autoridades colombianas del presunto miembro del Ejército de Liberación Nacional (ELN) José María Ballestas Tirado, por su participación en el secuestro efectuado el 12 de abril de 1999 del avión de Avianca que cubría la ruta Bucaramanga-Bogotá. Según dicha sentencia, a los conflictos armados internos deberían aplicárseles las leyes de guerra; por lo tanto, no puede atentarse en tales enfrentamientos en contra de inocentes, ataques

que la decisión califica de “terrorismo” cuando se hacen de forma violenta y alevosa provocando “males innecesarios, estragos y terror”.

La sentencia llama a esta forma de ataque “terrorismo indiscriminador” y lo define como “aquel que no es selectivo al escoger sus blancos y ex profeso ataca inocentes”. Según la decisión, esta clase de terrorismo “indiscriminador”:

[...] desconoce las prescripciones del Derecho Penal humanitario, hace peligrar vidas humanas inocentes y muchas veces las aniquila, por lo que atenaza las libertades esenciales y yugula los derechos humanos, por todo lo cual violenta la paz social e impide la convivencia humana al lesionar las instituciones sociales fundamentales.

Concluye la sentencia comentada, que esta forma de terrorismo:

[...] es un delito de lesa humanidad o “*delicta iuris gentium*” y no merece el beneficio del delito político puro o idealista. El TERRORISMO es un *falso* delito político. No se finca en un legítimo y sano móvil político, sino en uno espurio y corrompido: no es un buen ideal de gobierno el perjudicar inocentes y hasta matarlos deliberadamente. El TERRORISMO no es un delito político de los que merecen un beneficio. Beneficio que repugnaría a la Justicia, al Derecho Penal y al sentido moral de las gentes en el mundo.¹⁸

Desde mi punto de vista, la referencia que hace la sentencia al Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de las Naciones Unidas (16 de diciembre de 1970), bastaba para acordar la extradición, sin necesidad de elaborar tan cuestionable fundamentación.

Al respecto, cabe preguntarse si la calificación de delito de lesa humanidad que hace del terrorismo la sentencia significa mucho más que una simple declaración altisonante de intenciones y, por lo tanto, sería relevante a los fines de la imprescriptibilidad, la prohibición de indultos y amnistías, etc., del delito de terrorismo, precisamente porque la Constitución venezolana atribuye consecuencias semejantes a los delitos de lesa humanidad. En efecto, en cuanto a la amnistía y el indulto, el artículo 29 constitucional expresa que no caben dichos beneficios en el caso de violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad. Igualmente, ese artículo establece la imprescriptibilidad de las acciones “para sancionar los delitos de lesa humanidad”. Por lo tanto, si se adopta la

¹⁸ Resaltados de la sentencia.

calificación referida del terrorismo, podría sostenerse que se trata de un delito imprescriptible, respecto al cual no cabe ni indulto ni amnistía.

No obstante, la sentencia comentada en ningún caso se refirió a las consecuencias jurídicas señaladas. La única que apuntó, no derivada del texto constitucional, fue la no consideración del terrorismo como delito político y, por lo tanto, la negación de asilo y procedencia de extradición en cualquier caso:

A los autores o inculcados o sospechosos de hechos delictivos calificables y calificados como *TERRORISMO*, no se les debe conceder el derecho al asilo o refugio [...] es indispensable para la aplicación del Derecho humanitario que los Estados se prodiguen una recíproca asistencia mutua judicial en materia penal [...] El *TERRORISMO* está constituido por una serie de conductas de atroz inhumanidad, que no son delitos políticos y que por esto *siempre* deben dar lugar a la *extradición*: es inadmisibles que baste un móvil político para justificar cualquier clase de crimen [...].^{19 20}

En el párrafo anterior queda en evidencia la confusión y poca claridad del juzgador sobre el concepto de *derecho humanitario*, ya que no puede precisarse su relación con el terrorismo y la cooperación internacional. En todo caso, ignora la sentencia que la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1996, sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional (complementaria a la Declaración de 1994), solo adopta el principio *aut dedere aut iudicare* para la represión del terrorismo, y en modo alguno lo considera un crimen internacional que justificaría la aplicación de la jurisdicción internacional para su persecución, así como reconoce el principio de soberanía territorial en este aspecto.²¹

Las conclusiones de la sentencia comentada se repiten como fundamento en un caso de extradición activa (sentencia 024, del 4 de febrero de 2004, ponente Angulo Fontiveros), donde se calificó como terrorismo la explosión de artefactos en el Consulado General de Colombia y la Oficina de Comercio Internacional de la Embajada de España, que causó daños materiales y heridas en algunas personas. Para el momento de la realización de ese hecho se les imputó a los solicitados los delitos de agavillamiento,

¹⁹ En tal sentido, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, por nombrar uno de los instrumentos internacionales sobre la materia, aclara en su artículo 11 que los delitos de terrorismo enumerados en su artículo 2 no podrán ser catalogados como delitos políticos, y en esa línea el artículo 13 contempla la negación de asilo para sus autores.

²⁰ Resaltados de la propia sentencia.

²¹ Al respecto, Ambos, *Treatise...*, o. cit., p. 233. Sostiene este autor que el terrorismo "aún" no puede considerarse un crimen internacional, véase Ambos, "Creatividad judicial...", o. cit., pp. 160 ss., especialmente pp. 166 ss.

intimidación pública, daños a la propiedad y lesiones, entre otros, ya que no existía un tipo penal de terrorismo como tal.

En otro caso de extradición activa (sentencia 548, del 14 de diciembre de 2010, ponente Aponte Aponte), se aprecia un aporte adicional en lo que se refiere a las consecuencias de los delitos de terrorismo. Así, en la solicitud de extradición activa de presuntos responsables del atentado mediante explosivos que causó la muerte del fiscal del Ministerio Público, Danilo Anderson, la Sala Penal calificó los hechos como acto terrorista y violación de los derechos humanos:

[...] hecho abominable, que viola los derechos humanos, de índole terrorista, en el que falleció un Fiscal del Ministerio Público, que es un representante del Estado, para el ejercicio de la acción penal, presuntamente por la actividad orquestada de ex funcionarios de los organismos de seguridad del mismo Estado, adiestrados en armas, explosivos y tácticas de seguridad [...].

Al contrario que las sentencias anteriores, esta decisión se refirió a otras consecuencias adicionales derivadas de calificar a este delito como violación de los derechos humanos, y afirmó su *carácter imprescriptible*. Igualmente, con base al carácter de delito de lesa humanidad atribuido, afirma esta sentencia que se abre “la llamada jurisdicción universal, ya que por sus particularidades, por su impacto, por su proyección, marcan la memoria de la sociedad, por cuanto se cometen contra la víctima y contra la humanidad”.

La sentencia aludió a resoluciones del Consejo de Seguridad y a tratados internacionales sobre terrorismo, además de la sentencia comentada 0869, de la Sala Penal (10 de diciembre de 2001). Igualmente ratificó que “debido a su naturaleza, (no) puede describirse como delito político ni conexo con éstos”. Estas consecuencias, y la referida calificación de terrorismo, se hicieron sin poder aplicar la ley que castiga el terrorismo, que para el momento del atentado referido no estaba en vigencia. De allí que se pidiera la extradición para el enjuiciamiento por homicidio calificado (premeditación y alevosía). Esta última particularidad llama la atención ya que el Tribunal Supremo arribó a las mencionadas conclusiones sin que para ese momento existiera una tipificación del delito de terrorismo como tal. Por lo tanto, la calificación de hechos como “terroristas”, y las referidas consecuencias obedecen a una creación judicial más que a una estricta aplicación de la ley interna.

Por otra parte, puede apreciarse una tendencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia a vincular el delito de terrorismo con el secuestro de personas. Así lo hace la mencionada sentencia 0869 de 2001, que calificó como acto terrorista el

secuestro de un avión por miembros de un grupo guerrillero. Igualmente, en la sentencia 128 de la Sala de Casación Penal, del 3 de mayo de 2005 (ponencia de Aponte Aponte), se reiteró este criterio en una solicitud de extradición de Colombia, del miembro de las FARC Juan José Martínez Vega, entre otros por el delito de secuestro. Pero incluso alguna decisión ha hecho mayor énfasis en la relación planteada y ha vinculado el terrorismo con el delito de secuestro común. En el voto salvado de Angulo Fontiveros a la sentencia 234 de la Sala de Casación Penal (14 de mayo de 2002), en caso vinculado a un secuestro común, se expresó que el artículo 29 de la Constitución “trata al terrorismo como un delito de lesa humanidad” y que “ser complaciente con los secuestradores y abolir en la práctica sus cruentos crímenes” (cuestión que, según dicho magistrado, ocurre en la sentencia de la cual disiente) “está haciendo lo propio con el delito de terrorismo porque, ratifico, uno de los procederes delictuosos más tradicionales, característicos y frecuentes de tan siniestra actividad, es precisamente la del *secuestro de personas*”.²²

Sobre este voto salvado, caben varias observaciones. En primer lugar, el artículo constitucional citado no califica al terrorismo como un delito de lesa humanidad. La Constitución únicamente afirma que la acción “para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra” es imprescriptible; que las “violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios”, y que en dichos supuestos se excluyen los beneficios que puedan conllevar la impunidad. En modo alguno puede extraerse del artículo 29 de la Constitución que allí se entienda el terrorismo como un delito de lesa humanidad. Por otra parte, es obvio que el terrorismo no queda derogado aun cuando se haya abolido, como cree el referido voto, el secuestro de personas, porque este sea “uno de los procederes delictuosos más tradicionales, característicos y frecuentes de tan siniestra actividad”. Esta errónea conclusión deriva de confundir el todo con la parte o, mejor dicho, el delito de terrorismo con uno de sus modos de ejecución.

Incluso, así como la jurisprudencia del TSJ ha asociado el secuestro al terrorismo, más recientemente se aplicó por tribunales venezolanos el tipo de terrorismo a los actos preparatorios del delito de magnicidio (artículo 406, numeral 3, *b*, del Código Penal). Así, en una solicitud de avocamiento resuelta por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia (sentencia 350, de 23 octubre de 2013, ponente Nieves Bastidas), se relata la calificación mencionada hecha por un tribunal de instancia en un caso de

²² Resaltado de la sentencia.

posible atentado al entonces presidente Hugo Chávez, en la cual se calificaron los hechos como:

*TERRORISMO AGRAVADO, previsto y sancionado en el artículo 7 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada, en concordancia con el artículo 8 numeral 7 como agravante y OCULTAMIENTO DE ARMA DE FUEGO, previsto y sancionado en el artículo 274 del Código Penal, en concurso real de delitos conforme a lo dispuesto en el artículo 88 Eiusdem.*²³

Cabe mencionar que en el caso señalado no había comenzado la ejecución del supuesto magnicidio, y el tribunal de instancia optó por calificar los hechos como “terrorismo”, según la comentada Ley de Delincuencia Organizada de 2005, delito cuya pena era de prisión de diez a quince años, en concurso real con el ocultamiento de armas de fuego (pena de prisión de cinco a ocho años). El resultado del referido concurso conllevaría una pena de prisión de casi 16 años (quince años y nueve meses), por un acto preparatorio que, de ocurrir con relación a un ciudadano común, habría quedado impune.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, “Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano. ¿Es el terrorismo un crimen internacional” (trad. de E. Malarino), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3.^a época, n.º 7, 2012, pp. 143 ss.
- *Terrorismo y ley*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989.
- *Treatise on International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, vol. II.
- CANCIO MELLÁ, Manuel, “El derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea”, en José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, Ana Isabel PÉREZ MACHIO y Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (dirs.), *Armonización penal en Europa*, San Sebastián: IVAP, European Inklings (EUi) II, 2013, pp. 304 ss.
- “Internacionalización del derecho penal y de la política criminal: Algunas reflexiones sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo”, en Jorge DE FIGUEIREDO DIAS (coord.), *Internacionalização do direito no novo século*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009, pp. 203 ss.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, y Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlín: Duncker & Humblot, 1996.
- HEINE, Nikolaus, y Günter BOSCH, “§ 306 a”, en Adolf SCHÖNKE y Horst SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Múnich: Beck, 2014.

²³ Mayúsculas y cursivas de la sentencia.

- MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal* (trad. de Rodríguez Muñoz), tomo I, Madrid, 1946.
- MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luis, “El ‘derecho penal del enemigo’: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación”, en Manuel CANCIO MELÁ y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid-Buenos Aires: Edisofer-B. de F., 2006, tomo II, pp. 321 ss.
- “El principio de legalidad de los delitos y de las penas en la Constitución venezolana de 1999”, en Juan Luis MODELELL y Carla SERRANO (coords.), *Estudios sobre derecho de la niñez y ensayos penales. Libro homenaje a María Gracia Morais*, Caracas: UCAB, 2011, pp. 421 ss.
- *Teoría del delito*, Caracas: UCAB, 2014.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “Moderne Tendenze in der Dogmatik der Fahrlässigkeits - und Gefährdungsdelikte”, *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, pp. 787 ss.
- SUHR, Christian, “Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht”, *Juristische Arbeitsblätter*, vol. 10, 1990, pp. 303 ss.

ALGUNOS ASPECTOS DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL TERRORISMO A NIVEL INTERNACIONAL Y SU IMPACTO A NIVEL NACIONAL, CON PARTICULAR REFERENCIA AL CASO BOLIVIANO

Elizabeth Santalla Vargas

RESUMEN. El carácter organizacional atribuido a una evolutiva noción internacional del terrorismo, requerido también por el tipo penal boliviano actual de terrorismo, da pie a considerar el modo de responsabilidad penal aplicado y desarrollado principalmente por el TPIY denominado *joint criminal enterprise* (JCE). JCE ha permeado su aplicación en convenciones internacionales sobre terrorismo de las que varios Estados son parte, incluido el Estado boliviano. Su consideración, en consecuencia, opera no solo en razón del derecho convencional vinculante, sino que podría contribuir a interpretar de manera más rigurosa la criticada *criminalización de etiqueta* por la mera pertenencia o vinculación con organizaciones consideradas terroristas o con fines terroristas. Este elemento se presenta también en el caso boliviano, que, además de la intención de aterrorizar considerada de derecho consuetudinario, abarca la deposición del gobierno elegido constitucionalmente y la subversión del orden constitucional. El carácter consuetudinario de la intencionalidad de aterrorizar a la población civil, a la par de los desarrollos en el ámbito internacional, torna propicia la criminalización autónoma en el derecho interno de los actos de terrorismo como crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Palabras clave: terrorismo, organización armada, derecho internacional consuetudinario, *joint criminal enterprise*, crimen de guerra y de lesa humanidad.

ABSTRACT. The organizational character attributed to an evolving international notion of terrorism is also required by the Bolivian definition of the crime. It leads to consider the application of criminal liability on the basis of *joint criminal enterprise* (JCE), mode of liability of customary law mainly developed by the ICTY. The application of JCE has permeated various international conventions on terrorism ratified by several States, among them Bolivia. Therefore, it deserves attention not only on account of binding treaty law but also for the purpose of attaining a more rigorous

interpretation of the much criticized *criminal labeling* on the basis merely of membership or relationship with organizations which are considered terrorist or having terrorist aims. This element is also present in the Bolivian case which, as well as requiring the customary law intent to spread terror, also comprises the overthrowing of a constitutionally elected government and the subversion of constitutional order. The customary nature of the intent to spread terror among the civilian population, together with developments on the international scene, are conducive to making acts of terrorism an autonomous crime in domestic law in the category of crimes of war and against humanity.

Key words: terrorism, armed organization, customary international law, joint criminal enterprise, war crime and crime against humanity.

ZUSAMMENFASSUNG. Nach einem evolutiven Verständnis besitzt der internationale Terrorismus einen organisatorischen Charakter, der auch dem aktuellen bolivianischen Straftatbestand des Terrorismus zugrunde liegt. Er eröffnet die Möglichkeit, die vor allem vom ICTY angewendete und weiterentwickelte gewohnheitsrechtliche Figur der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der kriminellen Vereinigung (*joint criminal enterprise*, JCE) heranzuziehen. Die JCE findet sich in verschiedenen internationalen Anti-Terrorismus-Konventionen wieder, die von mehreren Staaten, darunter auch von Bolivien, unterzeichnet wurden. Sie kommt daher nicht nur auf der Grundlage des verbindlichen konventionellen Vertragsrechts zur Anwendung. Sie kann auch für eine strengere Auslegung der umstrittenen kriminellen Kennzeichnung (*criminal labeling*) herangezogen werden, wenn eine Person einer terroristischen oder solche Ziele verfolgenden Organisation angehört oder mit dieser in Verbindung steht. Dies gilt auch für Bolivien, wo der Tatbestand neben der gewohnheitsrechtlich begründeten Absicht, Terror zu verbreiten, auch die Absicht einschließt, die verfassungsmäßige Regierung abzusetzen oder den Umsturz der Verfassungsordnung zu betreiben. Der gewohnheitsrechtliche Charakter der Absicht, terroristische Handlungen gegen die Zivilbevölkerung zu verüben, erleichtert im Kontext der Entwicklungen auf internationaler Ebene die autonom erfolgende Kriminalisierung von terroristischen Handlungen als Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit im innerstaatlichen Recht.

Schlagwörter: Terrorismus, bewaffnete Organisation, internationales Gewohnheitsrecht, kriminelle Vereinigung (*joint criminal enterprise*), Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

1. Introducción

La función disuasiva general atribuida al derecho penal no parece repercutir mayormente en el caso del delito de terrorismo —a la par de otros crímenes o delitos de convicción—.¹ Existen posiciones divergentes, sin embargo, que consideran válido el potencial disuasivo del derecho penal con relación a crímenes de alta envergadura —en cuanto a sus efectos—, cual es el caso del terrorismo.² La verificación de una u otra posición en un determinado contexto requiere una investigación empírica que va más allá del objeto de esta contribución. No obstante, una apreciación *a priori* sobre la base de la tipificación en el ámbito nacional parecería indicar que esta responde a la segunda postura.³

Bolivia es Estado parte de una serie de instrumentos internacionales relacionados con el terrorismo.⁴ Si bien la prohibición de los actos de terrorismo se remonta a 1937, la determinación de una definición en el derecho internacional respecto a su alcance y contenido se ha considerado difícil de alcanzar, esencialmente en razón de divergencias de orden político e ideológico.⁵ Existen, sin embargo, desarrollos interesantes de rescatar en el ámbito de la persecución penal internacional del delito de terrorismo en sus distintas facetas y de la discusión inherente al desarrollo del derecho internacional consuetudinario, que pueden tener un impacto en los contextos nacionales normativos y jurisprudenciales. El análisis objeto de esta contribución se aboca a identificar dichos aspectos, sin un carácter exhaustivo, tomando como ejemplo la tipificación del delito de terrorismo en la legislación penal boliviana.

¹ Harmen van der Wilt, "Why International Criminal Lawyers should read Mirjan Damaška", en Carsten Stahn y Larissa van den Herik (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, La Haya: TMC Asser Press, 2010, p. 52.

² Por ejemplo, Payam Akhavan, "Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?", *AJIL*, vol. 95, n.º 1, 2001, en Van der Wilt, o. cit.

³ Como se verá más adelante, la tipificación está asociada con la pertenencia o la vinculación a una organización armada con fines, *inter alia*, de infundir terror.

⁴ Véase Elizabeth Santalla Vargas, "Bolivia", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 92-3.

⁵ Véase, por ejemplo, Chiara Ragni, "The Contribution of the Special Tribunal for Lebanon to the Notion of Terrorism: Judicial Creativity or Progressive Development of International Law?", en Nerina Boschiero et al. (eds.), *International Courts and the Development of International Law*, La Haya: Asser Press, 2013, p. 671. Refiriéndose a la diversidad ideológica en la doctrina, véase Marcello di Filippo: "The Definition(s) of Terrorism in International Law", en Ben Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 5.

2. Metamorfosis del delito de terrorismo en el ordenamiento jurídico interno

El terrorismo en la legislación penal boliviana no se inscribe en el marco de los delitos contra el derecho internacional,⁶ sino en el capítulo correspondiente a los delitos que atentan contra la tranquilidad pública, parte del título de los delitos contra la seguridad del Estado. Esta clasificación deviene del así llamado *Código Penal Banzer*, de 1972, el mismo que definía el terrorismo en su artículo 133 en los siguientes términos:

El que para intimidar o aterrorizar a toda o parte de una población o para suscitar tumultos o desórdenes hiciera estallar bombas o materias explosivas o diere gritos de alarma o amenazas con un desastre de peligro común, será sancionado con privación de libertad de dos a diez años. Si como consecuencia del hecho se produjere pérdida de vidas o graves lesiones personales, la pena será de veinte a treinta años de presidio.⁷

El artículo 133 del Código Penal boliviano, en su versión actual, criminaliza el terrorismo en los siguientes términos:

El que formare parte, actuare al servicio o colaborare de cualquier forma con una organización armada destinada a cometer delitos contra la seguridad común, delitos contra la vida, o delitos contra la integridad corporal, con la finalidad de subvertir el orden constitucional, deponer al gobierno elegido constitucionalmente, mantener en estado de alarma o pánico colectivo a la población o a un sector de ella, será sancionado con presidio de quince (15) a veinte años (20), sin perjuicio de la pena que le corresponda si se cometieren tales delitos.⁸

⁶ Su clasificación fuera del capítulo de los delitos contra el derecho internacional parece corresponder a quienes afirman que el terrorismo aún no ha alcanzado el estatus de delito o crimen internacional, sino que lo consideran como un crimen transnacional particularmente grave del derecho de los tratados. Con esta visión, véase Kai Ambos y Anina Timmermann, "Terrorism and Customary International Law", en Ben Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 20. Por el contrario, la *Decisión interlocutoria sobre el derecho aplicable de, inter alia, el terrorismo*, de la Sala de Apelaciones del TEL, de 16 de febrero de 2011, § 85 y 102, consideró que el crimen de terrorismo ha alcanzado carácter consuetudinario, al menos como crimen en tiempos de paz.

⁷ Código Penal de Bolivia, decreto ley 10426, de 20 de agosto de 1972.

⁸ Código Penal de Bolivia, elevado a rango de ley y modificado por la ley 1768, de 10 de marzo de 1997, y modificado más recientemente mediante ley 170, de 9 de septiembre de 2011.

El tipo, que había sido sustituido mediante la Ley 1768, de Modificaciones al Código Penal, de 1997,⁹ fue sutilmente modificado más recientemente, mediante ley de 9 de septiembre de 2011.¹⁰ Las modificaciones que se introdujeron con relación a la versión de 1997, comprenden los siguientes aspectos: a) la incorporación del calificativo “de cualquier forma” de la colaboración con la organización armada; b) la eliminación de los delitos contra la libertad de locomoción y de la propiedad; c) la incorporación del propósito o la finalidad de deponer al gobierno elegido constitucionalmente, y d) la eliminación del estado de zozobra.

Cabe notar que la eliminación de los delitos contra la propiedad detracta de los estándares internacionales. Esto es así si se considera que el consenso actual con relación a la definición de terrorismo no solo apunta a los actos que atentan contra el derecho a la vida y a la integridad corporal, sino también a un daño grave a la propiedad pública y privada.¹¹

Con la Ley de Control de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, de 2013, la comisión de los delitos que introdujo al ordenamiento penal relacionados con las armas y materiales objeto de su prohibición para la realización, *inter alia*, del delito de terrorismo es considerada una agravante, sancionada con la pena máxima (30 años de presidio sin derecho a indulto). Así por ejemplo, la utilización de armas prohibidas por una organización armada destinada a cometer los delitos y finalidades criminalizados por el tipo de terrorismo en el caso boliviano incurriría en la agravante prevista por dicha ley.¹²

En principio, cabe advertir que, conforme al artículo 133, la vinculación con una *organización armada* cuyos fines sean la comisión de delitos que atenten contra ciertos bienes protegidos —a saber, la seguridad común, la vida y la integridad corporal— con el propósito de subvertir el orden constitucional, deponer al gobierno constitucional o aterrorizar a la población civil se considera terrorismo en el contexto boliviano. Es decir, la criminalización actual no está relacionada con la comisión de ciertas conductas

⁹ Ley 1768, de 10 de marzo de 1997, de Modificaciones al Código Penal.

¹⁰ Ley 170, de 9 de septiembre de 2011, artículo 2, de modificaciones e incorporaciones.

¹¹ Véase Ambos y Timmermann, o. cit. (nota 6), p. 35 (considerando que, en el estado actual del derecho internacional, los resultados de la comisión de cualquier conducta criminal que constituya terrorismo involucran también los daños graves a la propiedad pública y privada).

¹² Ley 400, de Control de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, de 18 de septiembre de 2013, artículo 141, dieciséis *ter* (agravantes).

criminales (tendientes a crear un estado de terror),¹³ sino con la mera pertenencia o colaboración con una organización —armada— que persiga los fines indicados, entre ellos, el sembrar terror entre la población.

Así, la tipificación actual presenta elementos de legislaciones antiterroristas que han sido objeto de amplia crítica por su potencial de restringir indebidamente el derecho a la libertad de asociación de quienes objetan las políticas gubernamentales o tienen opiniones políticas distintas. Particularmente crítica se ha considerado la flexibilidad de catalogar a una organización como terrorista y, en consecuencia, criminalizar como terrorismo la sola membresía o vinculación con la organización.¹⁴ En ese sentido resulta de interés el informe de 2006 del *Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, que consideró que la prohibición genérica de asociaciones cuyo propósito es alcanzar la destrucción del Estado a través de medios terroristas constituye una limitación al derecho de asociación

¹³ En su explicación de la otrora tipificación del terrorismo en el “Código Bánzer”, Miguel Harb comentaba: “[...] el terrorismo tiene por finalidad intimidar o aterrorizar a toda o a una parte de una población o suscitar tumultos o desórdenes, usando como medios para el logro de estos objetivos el estallido de bombas o materias explosivas como dinamita, dar gritos que causan alarma [...]”. Véase Benjamín Miguel Harb, *Derecho Penal*, tomo II, *Delitos en particular. Parte especial*, La Paz: Juventud, 1996, p. 57. Como puede advertirse, los otros fines contemplados en el tipo actual eran ajenos a la noción de terrorismo del Código Bánzer, que muta considerablemente en la tipificación actual del artículo 133, al criminalizar la asociación, la pertenencia o la vinculación a una organización armada con varios fines, entre ellos, causar terror.

¹⁴ Al respecto, Claudia Martín, “Terrorism as a Crime in International and Domestic Law: Open Issues”, en Larissa van den Herik y Nico Schrijver (eds.), *Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order: Meeting the Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 660-1. La autora atribuye dicho tipo de legislación a la falta de formulación de parámetros más estrictos respecto de los elementos de la definición del terrorismo en las resoluciones del Consejo de Seguridad, en particular con relación a la resolución 1373, de 28 de septiembre de 2001 (adoptada con posterioridad a los atentados del 11 de septiembre de 2001). Si bien es evidente que la resolución no se pronuncia respecto de los elementos constitutivos tendientes a identificar una definición internacional del terrorismo, la formulación doméstica de tipos penales ambiguos o demasiado amplios difícilmente puede atribuirse a dicha resolución o a la falta de una definición del Consejo de Seguridad. El caso boliviano es parcialmente ilustrativo de ello. En efecto, como apunta Miguel Harb, con la reforma de 1997 “[...] basta el hecho de formar parte de una organización armada para cometer delitos contra la seguridad común y otros [...]”. Benjamín Miguel Harb *Código Penal boliviano con las reformas y leyes conexas (comentado y concordado)*, 3.ª ed., La Paz: Juventud, 2005, p. 122. Es decir, la criminalización en razón de la pertenencia o vinculación con la organización armada, fue adoptada en el caso boliviano mucho antes de los atentados del 11 de septiembre de 2001. Es más, una definición del terrorismo que emanara del Consejo de Seguridad y tuviera carácter vinculante podría alimentar la crítica respecto a la actuación del Consejo como un órgano legislativo en el orden internacional. Para una visión crítica, también en relación con la resolución 1373, véase George Abi-Saab, “Security Council as Legislator and Executive in its Fight against Terrorism and against Proliferation of Weapons of Mass Destructions: Questions of Legitimacy”, en Rüdiger Wolfrum y Volker Röben (eds.), *Legitimacy in International Law*, Berlín: Springer, 2008, pp. 129-30.

reconocido en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.¹⁵ Asimismo, el informe apuntó que solo cuando las asociaciones recurren al uso extremo de la violencia contra las personas, es decir, recurren a tácticas de terrorismo, o pretenden su utilización, resulta plausible la limitación de su existencia a través del derecho penal.¹⁶

Si bien en parte el tipo penal boliviano actual, en razón de la clase de delitos que la organización armada estaría orientada a cometer, encuentra cierta sinergia con dicha advertencia, lo propio no parece ocurrir con las finalidades de la comisión de dichos delitos; en particular, con la subversión del orden constitucional y la deposición del gobierno de turno. A continuación se efectúa un bosquejo de los elementos constitutivos del tipo.

2.1. Elementos objetivos

El tipo de terrorismo en su versión actual requiere la demostración del elemento de organización. En particular, que se trate de una organización armada, sin especificar el tipo de armamento. De incurrirse en algunas de las conductas punibles por la mencionada Ley de Control de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, se estaría ante una agravante en casos de comisión del delito de terrorismo.

La criminalización de la conducta está relacionada con la pertenencia, la vinculación o la colaboración con dicho tipo de organización (armada). Esta postura encuentra cierto eco en la doctrina, que considera que solo una organización suficientemente organizada puede tener la capacidad de constituir un estado de constante amenaza de violencia.¹⁷ Es decir, es más factible que el terror se siembre si se siente o percibe la existencia de una organización, más que a partir de actos individuales.¹⁸ A la vez, el potencial de infundir terror está intrínsecamente relacionado con el material y el personal que posea cualquier grupo de personas, que se constituirá así en una organización terrorista.¹⁹

¹⁵ Informe mencionado por Martin, o. cit. (nota 14), p. 660. Véase *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, "Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism", A/61/267, de 16 de agosto de 2006.

¹⁶ *Ibíd.*, § 24.

¹⁷ Cancio Meliá, en Ambos y Timmermann, o. cit. (nota 6), p. 38.

¹⁸ Considera posible la expansión de la noción internacional del terrorismo en ese sentido. Marcello Di Filippo, "The Definition(s) of Terrorism in International Law", en Ben Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 17.

¹⁹ Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, La Haya: TMC Asser Press, 2005, p. 228.

El bien jurídicamente protegido va más allá de la protección de los derechos básicos de la población civil que subyace a la criminalización del terrorismo; los fines o propósitos de la organización armada se extienden a la protección de la estabilidad del gobierno de turno.²⁰ Como se verá más adelante, dichas conductas resultan más bien asimilables a aquellas asociadas con el antiguo término de *subversión*, en las que los fines o motivaciones políticas son determinantes.²¹

Los resultados de los actos terroristas que mellan valores reconocidos universalmente y así involucran derechos fundamentales, como la protección del derecho a la vida y a la integridad corporal,²² quedan inmersos explícitamente en el tipo como delitos para los que la organización armada se hubiera constituido —conjuntamente con los delitos que atentan contra la seguridad común—. Estos comprenden los capítulos correspondientes a las conductas que causan incendios y otros estragos; los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación, y los que atentan contra la salud pública.

2.2. Elementos subjetivos

Conforme a la formulación del tipo, puede interpretarse que se requiere que el sujeto activo conozca la naturaleza y los fines de la organización armada y tenga la intención de ser parte de ella, ponerse a su servicio o contribuir de cualquier forma a la organización. Cabe notar que, entre los fines que persigue la organización, mantener un estado de alarma o pánico entre la población civil o parte de ella constituye una finalidad reconocida también por parte de la doctrina.²³ Sin embargo, conforme al tipo, la finalidad de la organización no solo incluye el causar alarma o pánico entre la población, sino también la “subversión del orden constitucional” y la “deposición del gobierno elegido constitucionalmente”.

La “subversión del orden constitucional” parece evocar situaciones que caracterizaron el pasado transicional de Bolivia —periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1964 y el 10 de octubre de 1982 (fecha de reinstauración de la democracia)—,

²⁰ Di Filippo, o. cit. (nota 18), p. 5, efectúa la distinción en cuanto a la “calidad” del bien jurídicamente protegido en las legislaciones, haciendo referencia a la integridad o independencia del Estado que presentan algunas legislaciones, mas que no resulta ser el caso de las otras finalidades que contempla el tipo de terrorismo boliviano.

²¹ *Ibidem*, p. 19.

²² *Ibidem*, pp. 15-6.

²³ *Ibidem*, p. 13.

caracterizado por el autoritarismo militar, los golpes de Estado y gobiernos de facto.²⁴ Esta parece ser una inferencia lógica, teniendo en cuenta que el tipo de terrorismo en el Código Penal Bánzer (1972), como se indicó inicialmente, no contemplaba otros fines más que el causar terror entre la población civil (y producir tumultos o desórdenes). Es con la reforma de 1997 que se introduce la finalidad de subvertir el orden constitucional (y, más recientemente, la deposición del gobierno elegido constitucionalmente). La distinción de ambos propósitos —que en realidad constituyen conductas en sí mismas—, siguiendo dicha línea de razonamiento en cuanto a su origen, parecería estar relacionada con la legitimidad del gobierno de turno; es decir, respecto a si se trata de un gobierno elegido constitucionalmente o que ha asumido el poder por otros medios (de facto).

La falta de relación de estos dos propósitos con la intencionalidad especial del terrorismo que puede considerarse ha alcanzado el estatus de derecho consuetudinario —esto es, el causar terror entre la población civil— torna difícil la asimilación reconocida por la jurisprudencia internacional y la doctrina respecto a que su inferencia puede efectuarse a partir de las características materiales que hacen a su modo de comisión —por ejemplo, el empleo de ciertas armas, que en el caso boliviano, con la actual legislación de armas mencionada anteriormente, cobra aún mayor sentido—. Esta lógica de inferencia (de la intención de causar terror) resulta en consonancia con la noción del terrorismo que parece ganar terreno en el plano internacional, la misma que implica una puesta en especial riesgo de los derechos fundamentales de la población civil, al margen de cuáles fueran las motivaciones subyacentes —políticas, religiosas, mixtas, o de cualquier otra índole—.²⁵

3. Legislación antiterrorista

La ley 170, de 9 de septiembre de 2011, incorporó el delito de *financiamiento del terrorismo* como artículo 133 *bis* al Código Penal. La tipificación, si bien se inscribe en el mismo artículo 133, es autónoma, y en el párrafo II del artículo 133 *bis* se recalca que la

²⁴ Sobre dicho periodo y su impacto en la justicia transicional, véase Elizabeth Santalla Vargas, “Bolivia”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 153-170. También Kai Ambos y Elizabeth Santalla Vargas, “Country Study - Bolivia”, en Lavinia Stan y Nadia Nedelski (eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, vol. 3, Nueva York: Cambridge University Press, 2013, pp. 165-9.

²⁵ Sobre dicha caracterización del terrorismo, véase Di Filippo, o. cit. (nota 18), p. 16.

investigación, el enjuiciamiento y la sanción del delito no quedan reatados o condicionados a la existencia de sentencia previa por delitos conexos.²⁶ Si bien ciertamente se trata de conductas distintas, el tipo en cuestión criminaliza una serie de conductas tendentes a financiar el delito de terrorismo que, conforme a su tipificación en el ordenamiento penal boliviano, ha de entenderse que se relaciona con el financiamiento de organizaciones armadas constituidas a los efectos o finalidades descritos en el artículo 133 CP.

Asimismo, la ley incorporó, por primera vez en el ordenamiento penal interno boliviano, el delito de *separatismo*, al que atribuyó la pena máxima del ordenamiento jurídico interno, es decir, 30 años de presidio sin derecho a indulto. El tipo criminaliza los actos tendentes a dividir, segregar o separar la unidad del Estado.²⁷

Adicionalmente, la ley imprimió modificaciones al tipo de *legitimación de ganancias ilícitas* y atribuciones adicionales a la Unidad de Investigaciones Financieras, órgano constituido a efectos de procesar la información tendente a la investigación, en este caso vinculada con la financiación del terrorismo. A dicho efecto, la ley le atribuyó la facultad de acceder a cualquier base de datos de entidades públicas a efectos de investigación, cuando se presume la comisión de financiamiento de terrorismo.²⁸

Una de las premisas que sustentan la llamada *legislación antiterrorista* es el deber de protección a la población de ataques terroristas. Desde esa perspectiva, las medidas antiterroristas requieren una validación de derechos humanos no solo ontológica sino práctica.²⁹

²⁶ Ley 170, de 9 de septiembre de 2011, artículo 133 bis.

²⁷ Ibídem, artículo 129 bis: "El que en forma individual u organizada, resolviere inconstitucionalmente, agrediere, atacare, violentare o asaltare, teniendo la finalidad de dividir, segregar, o separar la unidad del Estado, será sancionado con privación de libertad de treinta (30) años sin derecho a indulto. Igual pena se aplicará al que colaborare, organizare, financiare, controlare, determinare, facilitare o cooperare en tal acto separatista".

²⁸ Ibídem, artículo 3.

²⁹ En esa línea, Richard Ashby Wilson, "Introduction", en Richard Ashby Wilson (ed.), *Human Rights in the War on Terror*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 13.

4. Compatibilidad con los desarrollos en el derecho internacional

4.1. Sobre el carácter consuetudinario de los elementos constitutivos del delito/crimen de terrorismo

Teniendo en cuenta el precario desarrollo doctrinal con relación a los fundamentos que hacen al carácter internacional de determinado delito/crimen,³⁰ el insumo de la jurisprudencia resulta relevante.³¹ Esto tiene importancia particular en el caso en cuestión, toda vez que la existencia de una definición consensualmente aceptada del terrorismo en el derecho internacional constituye una pregunta latente y controversial.³² En este marco, la identificación del carácter consuetudinario de los elementos del crimen cobra relevancia, discusión que suscitó amplia atención con la decisión interlocutoria de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano que se comenta a continuación.

El Tribunal Especial para el Líbano (de aquí en adelante, Tribunal Especial)³³ constituye la primera jurisdicción penal internacional con competencia exclusiva sobre delitos tipificados en el derecho penal interno. De manera específica, su competencia *ratione materiae* se circunscribe a los crímenes de terrorismo, conforme a la legislación

³⁰ Si bien en los sistemas de la tradición jurídica romano-germánica el término *delito* es más utilizado y existe la percepción de una distinción en su aplicación en cuanto a la gravedad de la ofensa (*crimen* con relación a las ofensas de mayor gravedad), en el presente artículo se emplean indistintamente.

³¹ Ambos, "Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: is there a Crime of Terrorism under International Law?", *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n.º 3, 2011, p. 669. Abogando por la determinación de un mecanismo de represión internacional (universal) para el crimen de terrorismo, véase Terje Einarsen, *The Concept of Universal Crimes in International Law*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, pp. 266-74.

Conforme a la decisión interlocutoria de la Sala de Apelaciones del TEL (nota *infra* 35, § 91), que un crimen doméstico se convierta en internacional requiere que la comunidad internacional lo considere un ataque a valores universales tales como la paz o los derechos humanos, o valores considerados de la mayor importancia. Adicionalmente, es necesario que los Estados y los organismos internacionales, a través de sus actos o pronunciamientos, den cuenta del carácter internacional del crimen.

³² Por ejemplo, Nidal Nabil Jurdi, "The Crime of Terrorism in Lebanese and International Law", en Amal Alamuddin et al. (eds.), *The Special Tribunal for Lebanon: Law and Practice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 74, 78-9, 86 (donde critica la determinación de una definición de derecho consuetudinario por parte de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial) y con referencia a otras posiciones críticas.

³³ Constituido por resolución del Consejo de Seguridad 1757, de 30 de mayo de 2007, que puso en ejecución un acuerdo bilateral concluido entre la ONU y el Líbano, para establecer un tribunal mixto para juzgar a los responsables de la explosión terrorista que dio muerte al ex Primer Ministro Libanés, el Sr. Hariri, y actos conexos. Para mayor información y sobre su competencia material, véase Nidal Nabil Jurdi, "The Subject-Matter Jurisdiction of the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n.º 1, 2007, pp. 1125-1138.

libanesa.³⁴ Como ha sido ampliamente reconocido, la decisión interlocutoria de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial, de 16 de febrero de 2011, sobre el derecho aplicable con relación, *inter alia*, al crimen de terrorismo,³⁵ fue pionera al identificar ciertos elementos que coadyuvan a determinar el contenido del delito de terrorismo en el derecho internacional consuetudinario. Como toda decisión de un tribunal internacional que se pronuncia por primera vez respecto de determinados elementos o conceptos fundamentales que hacen a su competencia (*ratione materiae*, en este caso), la decisión resultó altamente controversial, más aún teniendo en cuenta su origen o la manera cómo surgió. En efecto, no fue producto del contradictorio de las partes procesales, sino la respuesta de la Sala de Apelaciones a las preguntas interpuestas por el *Pre-Trial Judge*, de un modo abstracto —es decir, no relacionada con alegaciones de hechos y/o evidencia específica del caso en cuestión—. Así, la decisión fue asimilada a una opinión consultiva y cuestionada en cuanto a su fundamento jurisdiccional (toda vez que esa clase de jurisdicción es ajena a un tribunal penal internacional).³⁶ La apertura a este tipo de jurisdicción, que operó a través de enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial con la incorporación de nuevas disposiciones³⁷ —acaecidas antes de la emisión de la decisión en cuestión— fue puesta en cuestionamiento por considerarse *ultra vires* con relación al alcance del Estatuto del Tribunal Especial, lo que implicaba una argumentable modificación de este (a través de normativa de rango inferior).³⁸

La tipificación del crimen de terrorismo en el Código Penal libanés, que se remonta a la década de los cuarenta y que, conforme al artículo 2 de su Estatuto el Tribunal Especial está llamado a aplicar, reza:

³⁴ Artículo 2 de su Estatuto.

³⁵ TEL, Sala de Apelaciones, *Decisión interlocutoria sobre la Ley Aplicable: Terrorismo, Conspiración, Homicidio, Autoría, Cumulative Charging*, caso n.º STL-11-01/I, de 16 de febrero de 2011.

³⁶ Matthew Gillet y Matthias Schuster, "Fast-Track Justice. The Special Tribunal for Lebanon Defines Terrorism", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n.º 5, 2011, pp. 991-2.

³⁷ El 10 de noviembre de 2010 se adicionaron las reglas 68G y 176 bis. La regla 68G estableció que el *Pre-Trial Judge* puede remitir a la Sala de Apelaciones cualquier pregunta preliminar sobre la interpretación del Acuerdo (de establecimiento del TEL), del Estatuto y de las Reglas concerniente a la dilucidación del derecho aplicable que considere necesario a efectos de analizar y decidir respecto de la acusación (traducción libre). Por su parte, la regla 176 bis incorporó de manera expresa a la competencia de la Sala de Apelaciones, la facultad de pronunciarse sobre la solicitud emanada en el marco de la regla 68G en una decisión interlocutoria, y estableció derechos de las partes procesales al respecto (con relación a la exclusión de la participación del acusado en dicho procedimiento y críticas adicionales), véase Gillet y Schuster, o. cit. (nota 36), pp. 995 ss.

³⁸ *Ibidem*, pp. 992-3.

Actos terroristas y todos los actos tendentes a causar un estado de terror y cometidos por medios capaces de crear un peligro público, tales como aparatos explosivos, materiales inflamables, productos tóxicos o corrosivos y agentes infecciosos o microbacterianos.³⁹

En el marco del análisis efectuado por la Sala de Apelaciones en la decisión interlocutoria en cuestión, al absolver la interrogante acerca de si existe una definición del terrorismo en el derecho internacional y, en su caso, cómo debería aplicarse,⁴⁰ la decisión distinguió en principio el contenido del crimen en el derecho internacional consuetudinario cuando su comisión ocurre en el marco de un conflicto armado y en tiempos de paz;⁴¹ distinción considerada por algunos con un abordaje incompleto,⁴² que arribó a la conclusión de la existencia de un crimen internacional de terrorismo en el derecho consuetudinario solo con relación a actos terroristas cometidos en tiempos de paz.⁴³ Si bien la necesidad de recurrir al derecho consuetudinario para el análisis del tipo de terrorismo en la legislación libanesa fue puesta en cuestionamiento,⁴⁴ resulta relevante considerar los elementos constitutivos del crimen de terrorismo considerados por la Sala de Apelaciones de carácter consuetudinario, que, si bien no son vinculantes *per se* fuera del ámbito de competencia del TSL, como lo apuntó la misma Sala de Apelaciones, pueden servir como una guía de interpretación en otros contextos,⁴⁵ a saber:

1. la comisión de una conducta punible (como el asesinato, el secuestro, la toma de rehenes, el incendio provocado, etc.) o la amenaza de su comisión;

³⁹ Traducción libre de la traducción al inglés del artículo 314 del Código Penal libanés, *ibidem*, p. 1000.

⁴⁰ TEL, *Order on Preliminary Questions Addressed to the Judges of the Appeals Chamber Pursuant to Rule 68, Paragraph (G) of the Rules of Procedure and Evidence*, 21 de enero de 2011 (STL-11-01/I/AC/ R176bis).

⁴¹ Marko Milanovic, "Special Tribunal for Lebanon Delivers Interlocutory Decision on Applicable Law", *EJIL: Talk!*, 16 de febrero de 2011.

⁴² Noemi Gal-Or, "Terrorism, the Non State Actor, and the Dictum of the Special Tribunal for Lebanon in its 2011 Interlocutory Decision", *Social Sciences Research Network – abstract*, Surrey: Kwantlen Polytechnic University (publicado inicialmente en *The 2011 Hague Yearbook of International Law*, 2012).

⁴³ Si bien la Sala de Apelaciones tomó en cuenta los desarrollos jurisprudenciales en el ámbito del TPIY y de la CSSL respecto de la persecución penal del crimen de guerra de terror de manera autónoma, consideró que a tiempo de la decisión interlocutoria el derecho consuetudinario se habría cristalizado solo con relación a la criminalización de actos terroristas cometidos en tiempos de paz. Apuntó, sin embargo, que una norma consuetudinaria estaría surgiendo con relación a los actos terroristas en el conflicto armado. TSL, *Decisión interlocutoria*, cit. (nota 35), § 107.

⁴⁴ Por ejemplo, Gillet y Schuster, o. cit. (nota 36), p. 1006 (con referencias adicionales).

⁴⁵ TSL, *Decisión interlocutoria*, cit. (nota 35), § 144.

2. la intención de infundir terror entre la población (que normalmente conlleva peligro público) o coaccionar, directa o indirectamente, a las autoridades nacionales o internacionales para que adopten alguna acción o dejen de hacerlo;
3. situaciones en que la conducta involucra un elemento transnacional.⁴⁶

La determinación de dichos elementos no fue producto solo de una búsqueda de elementos comunes en las diversas legislaciones internas e instrumentos internacionales sobre terrorismo, sino que consideró diversidad de fuentes.⁴⁷ No obstante, ha sido también objeto de escrutinio si dichos elementos constituyen un reflejo certero del estado actual del derecho consuetudinario.⁴⁸ Entre los elementos ausentes de la definición se han mencionado, *inter alia*, la exclusión del requerimiento del propósito político, religioso, racial o ideológico,⁴⁹ ausente también en el tipo penal boliviano. Al respecto, la Sala de Apelaciones, tomando en cuenta el informe del Comité de Contra-Terrorismo de 2011, subrayó que, al margen de las motivaciones y de la naturaleza de los sujetos activos y pasivos, toda forma de terrorismo es condenable en el derecho internacional.⁵⁰ Por otro lado, la segunda manifestación del elemento de intencionalidad, esto es, la coacción a las autoridades, se reputó sobreexpansiva de la noción de aterrorizar a la población civil —inherente al derecho internacional consuetudinario— y altamente capaz de constituir una herramienta jurídica de opresión de la oposición a los gobiernos de turno.⁵¹ Desde esa perspectiva, puede considerarse que las finalidades de subvertir el orden constitucional o deponer al gobierno de turno del tipo penal boliviano van más allá de la finalidad de carácter consuetudinario de aterrorizar a la población civil, aunque podrían asimilarse en cierto grado con la finalidad de desestabilizar las estructuras sociales o políticas, que la decisión interlocutoria consideró común en su análisis de varias

⁴⁶ *Ibidem*, § 85 (traducción libre).

⁴⁷ Con una visión crítica respecto de la metodología seguida por la Sala de Apelaciones para la determinación del carácter consuetudinario de los elementos constitutivos del crimen de terrorismo y el alcance de estos, véase Guénaël Mettraux, "The United Nations Special Tribunal for Lebanon: Prosecuting Terrorism", en Ben Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, pp. 651-665. En discrepancia con la determinación de la Sala de Apelaciones acerca de la existencia de una definición de carácter consuetudinario del terrorismo, véase también Jurdi, o. cit. (nota 32), pp. 73-87.

⁴⁸ Para una crítica, véase, por ejemplo, Mettraux, o. cit. (nota 47).

⁴⁹ Gillet y Schuster, o. cit. (nota 30), p. 1008. A juicio de Di Filippo, o. cit. (nota 18), p. 12, la decisión denota que la práctica estatal apunta a considerar que el propósito político no es indispensable en la definición del terrorismo.

⁵⁰ TSL, *Decisión interlocutoria*, cit. (nota 35), § 86.

⁵¹ Gillet y Schuster, o. cit. (nota 30), p. 1011. Jurdi, o. cit. (nota 32), p. 81.

legislaciones nacionales.⁵² En consecuencia, puede colegirse que el tipo de terrorismo en el ordenamiento boliviano conlleva una doble finalidad, una de las cuales —la protección de la estabilidad del gobierno y del orden constitucional— es adicional a la finalidad reconocida por el derecho consuetudinario. Por otro lado, la comisión por la organización armada de delitos contra la vida, la integridad corporal y la seguridad común, que prevé el tipo de terrorismo boliviano, resulta en consonancia con el carácter consuetudinario atribuido por la decisión interlocutoria a conductas punibles comparables.

4.2. *Mens rea*

Es aceptado que, en el desarrollo actual del derecho internacional, el elemento subjetivo del delito de terrorismo involucra, por un lado, un dolo general y, por otro, un dolo especial (*dolus specialis*). Este último está direccionado a infundir terror —particularmente a través de un constante estado de terror en la población y del carácter impredecible que conllevan los atentados terroristas—, intimidar a la población o coaccionar a una entidad para hacer o abstenerse de hacer algo.⁵³ En el caso boliviano, toda vez que la tipicidad actual está centrada en la pertenencia o vinculación a una organización armada, entre cuyos fines se encuentra el causar terror —mas no de modo exclusivo—, puede considerarse que el tipo de terrorismo no requiere de manera directa el *dolus specialis* en el sentido del derecho internacional.⁵⁴

En el contexto boliviano, al no ser la conducta punible del tipo de terrorismo la causación misma de terror, sino la pertenencia a una organización armada con dichos fines, la *mens rea* podría equipararse a la teoría sobre modos de responsabilidad/comisión desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante, TPIY),⁵⁵ denominada *joint criminal enterprise* (en adelante, JCE)⁵⁶

⁵² TSL, *Decisión interlocutoria*, cit. (nota 35), § 93.

⁵³ Ambos y Timmermann, o. cit. (nota 6), p. 35.

⁵⁴ El tipo del llamado *Código Penal Bánzer*, de 1972, sí requería el *dolus specialis*, en el sentido del derecho internacional.

⁵⁵ El concepto se aplicó a partir del primer caso del TPIY, esto es, *Tadić*, sentencia de apelación de 15 de julio de 1999 (IT-94-1), principalmente § 193-228.

⁵⁶ Conforme a la doctrina, la responsabilidad penal individual puede surgir cuando varios individuos con un propósito común se embarcan en una actividad criminal que es desarrollada por todos de manera conjunta o por algunos miembros de esta pluralidad de personas. Véase International Criminal Law Series, Module 9: "Modes of Liability: Commission and Participation", *International Criminal Law & Practice Training Materials*, p. 12.

y adoptada posteriormente por otros tribunales penales internacionales con ciertos matices,⁵⁷ que involucra tres categorías: JCE I,⁵⁸ JCE II⁵⁹ y JCE III.⁶⁰ La discusión sobre el carácter consuetudinario de JCE en el derecho internacional fue retomada en *Tolimir*, fallo de la Sala de Apelaciones de 8 de abril de 2015, en mérito a uno de los argumentos de apelación de la defensa, en el sentido de que JCE no habría alcanzado el umbral de derecho consuetudinario y que, particularmente en su modalidad III, resultaría problemática al reducir el umbral probatorio de la *mens rea*.⁶¹ El argumento fue desestimado por la Sala de Apelaciones —con un voto disidente—.⁶² El fallo, además de reevaluar las fuentes del derecho que condujeron a la Sala de Apelaciones en *Tadić* —primer caso que ameritó sentencia condenatoria en la jurisdicción del TPIY— a considerar pertinente la aplicación de la teoría como una forma de comisión en el derecho internacional consuetudinario, consideró que la argumentación de la defensa no planteaba razones suficientemente contundentes que la llevaran a apartarse de fallos anteriores⁶³ que ratificaron el carácter consuetudinario de JCE.⁶⁴ Cabe notar que entre las fuentes de derecho consideradas en *Tadić* figuró el Convenio Internacional para la Represión de Atentados

⁵⁷ Por ejemplo, el TPIR y la CSSL. Con ejemplos específicos en el último caso, véase Werle, o. cit. (nota 19), p. 121.

⁵⁸ En la cual todos los miembros del JCE actúan conjuntamente conforme a un plan común y comparten la misma *mens rea*. TPIY, Sala de Apelaciones, *Dusko Tadić*, 15 de julio de 1999, § 196.

⁵⁹ Relacionada con crímenes sistémicos, en los que cada miembro tiene conocimiento del lineamiento criminal sistémico. TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, o. cit., § 202-3 (donde se subraya que no era aplicable al caso en cuestión).

⁶⁰ Responsabilidad en virtud de los actos de otros miembros del JCE que pueden ser razonablemente previstos. TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, cit., § 228. En *Vasiljević* la Sala de Apelaciones apuntó que, además de la *mens rea* aplicable en las categorías I y II, esta forma extendida de JCE requiere que para el acusado hubiera sido razonable prever la comisión del crimen por otro miembro del JCE y que el acusado voluntariamente hubiera asumido el riesgo, es decir que, siendo consciente de que el crimen sería una consecuencia posible de la ejecución del JCE, decidiera mantener su participación. Fallo de apelación de 25 de febrero de 2004, § 101.

⁶¹ TPIY, Sala de Apelaciones, *Tolimir*, 8 de abril de 2015, *ground of appeal 5*, § 275. La opinión separada y parcialmente disidente del juez Antonetti manifiesta una posición concordante, al señalar que no se ha precisado qué ha de entenderse por “previsibilidad” ni si esta ha de valorarse de manera objetiva o subjetiva, p. 93.

⁶² *Ibidem*, opinión separada y parcialmente disidente del juez Antonetti, p. 84, donde cuestiona la determinación del carácter consuetudinario de JCE por la Sala de Apelaciones en *Tadić*, más considerando que la práctica constante y uniforme en la aplicación de JCE por el TPIY ha podido dar lugar a la generación de derecho consuetudinario al respecto, p. 89. Sin embargo, la opinión considera innecesaria y contraproducente la aplicación de JCE, p. 91.

⁶³ En *Popović y Dordević* la Sala de Apelaciones había ratificado dicho carácter consuetudinario —también con relación a JCE III— como una forma de comisión válida en el derecho internacional consuetudinario. Véase, TPIY, Sala de Apelaciones, *Popović et al.*, 30 de enero de 2015, § 1672 (considerando que el carácter consuetudinario de JCE III se remonta, al menos, a 1992, con referencia a jurisprudencia previa). TPIY, Sala de Apelaciones, *Dordević*, 27 de enero de 2014, § 58.

⁶⁴ TPIY, Sala de Apelaciones, *Tolimir*, 8 de abril de 2015, § 281.

Terroristas cometidos con Bombas de 1997 —que entró en vigor el 2001 y del que Bolivia es Estado parte—,⁶⁵ el mismo que en su artículo 2.3.c establece:

También comete delito quien: [...]

Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un *propósito común*; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el *propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo* o con *conocimiento de la intención del grupo* de cometer el delito o los delitos de que se trate.⁶⁶

Como apuntó la Sala de Apelaciones en *Tadić*, dicho artículo recoge la noción de JCE —distinta a otras formas de participación criminal, como la complicidad y otras modalidades accesorias—,⁶⁷ disposición que fue replicada en convenciones internacionales posteriores sobre terrorismo, como la Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999,⁶⁸ vinculante también para Bolivia,⁶⁹ y el Protocolo del 2005 para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de Plataformas Fijas ubicadas en la Plataforma Continental.⁷⁰

En un JCE debe probarse la existencia de un plan común criminal, cuya existencia puede ser expresa o inferida, elemento central del *actus reus* en las tres categorías, así como también la existencia de una pluralidad de personas —no necesariamente organizadas en estructuras militares, políticas o administrativas— y la participación del acusado en el plan común, que no necesariamente involucrará la comisión de un delito específico, sino que podría traducirse en la contribución, de cualquier otra manera, en la ejecución del plan o propósito común.⁷¹ Por el contrario, la *mens rea* varía de acuerdo a la categoría en cuestión. En un JCE I, todos los miembros del grupo comparten la intencionalidad de cometer cierto crimen.⁷² En un JCE III, lo que se requiere, además

⁶⁵ Adhesión de 22 de junio de 2002.

⁶⁶ Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas cometidos con Bombas, adoptado por consenso por la Asamblea de la ONU en su resolución A/RES/52/164, de 15 de diciembre de 1997, y abierto a la firma, ratificación y adhesión el 12 de enero de 1998. Entró en vigor el 23 de mayo de 2001. Artículo 2.3.c (énfasis añadido).

⁶⁷ TPIY, Sala de Apelaciones, *Dusko Tadić*, 15 de julio de 1999, § 221.

⁶⁸ Adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 54/109, de 9 de diciembre de 1999, artículo 2.5.c. Entró en vigor el 10 de abril de 2002.

⁶⁹ Ratificada el 7 de enero de 2002.

⁷⁰ Adoptado el 14 de octubre de 2005, artículo 2 *ter, e*.

⁷¹ TPIY, Sala de Apelaciones, *Dusko Tadić*, 15 de julio de 1999, § 227.

⁷² *Ibidem*, § 228.

de la intención de participar y contribuir a la consecución del propósito común del grupo, es: a) la previsibilidad de la comisión de un crimen,⁷³ distinto al acordado en el plan común, por algún otro miembro del grupo, y b) la toma del riesgo voluntario por el acusado.⁷⁴

Por su parte, un JCE II involucra (en cuanto al *actus reus* y la *mens rea*):

1. la existencia de un sistema organizado (de maltrato u otros prohibidos por el derecho internacional);
2. el conocimiento del acusado de la naturaleza de ese sistema⁷⁵ y la intencionalidad de mantener su consecución;⁷⁶
3. la participación activa, de cualquier modo, en la ejecución de ese sistema.⁷⁷

Dichos elementos que hacen a un JCE II parecerían corresponder al tipo de terrorismo del Código Penal boliviano, al menos con relación a las formas del *actus reus* de actuar al servicio o colaborar —de cualquier modo— con la organización, que pueden corresponder con la participación activa en la ejecución del sistema de la noción de JCE II, el mismo que involucra cualquier tipo de asistencia o contribución⁷⁸ en la ejecución del propósito común, sin requerir necesariamente la comisión de crímenes específicos.⁷⁹ La aclaración es pertinente toda vez que la responsabilidad penal individual por la mera pertenencia a una organización terrorista ha sido objeto de cuestionamiento en razón de que reduce la carga probatoria a la sola calificación de dicha pertenencia o membresía, sin que sea necesaria en tales supuestos la prueba del elemento de intencionalidad res-

⁷³ La opinión separada y parcialmente disidente del juez Antonetti al fallo en apelación en *Tolimir*, cit. (nota 64), apunta que el crimen cometido por otro miembro del grupo ha de ser una consecuencia natural —además de previsible— de la ejecución del plan común, p. 86.

⁷⁴ *Ibidem*, § 228.

⁷⁵ Que puede probarse por testimonio expreso o a través de inferencia razonable, por ejemplo, en razón de la posición jerárquica del acusado. TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, 15 de julio de 1999, § 228.

⁷⁶ *Ibidem*, § 228, 203.

⁷⁷ *Ibidem*, § 202-3 (mencionando como un ejemplo de esta categoría de JCE el caso de los delitos cometidos en los campos de concentración).

⁷⁸ Con una visión crítica respecto al "apoyo material" y la aplicación de JCE en casos particulares de Guantánamo juzgados por el sistema de Comisión Militar (*Hamdan II y Al Bahlu*), véase Alexandra Link, "Trying Terrorism: Joint Criminal Enterprise, Material Support, and the Paradox of International Criminal Law", *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, n.º 2, 2013, pp. 462-9.

⁷⁹ *Tadić*, cit. (nota 75), § 227. Sobre el alcance de JCE, véase, por ejemplo, Athanasios Chouliaras, "From Conspiracy to Joint Criminal Enterprise: in Search of the Organizational Parameter", en Carsten Stahn y Larissa van den Herik (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, La Haya: Asser Press, 2010, p. 562; Kai Hamdorf, "The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime. A Comparison of German and English Law", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n.º 1, 2007, p. 208.

pecto del propósito criminal común.⁸⁰ Por otro lado, el hecho que el tipo de terrorismo del CP boliviano, en su parte final, establezca “sin perjuicio de la pena que le corresponda si se cometieren tales delitos”,⁸¹ da lugar a interpretar que el tipo de terrorismo admite la posibilidad de que los delitos (contra la seguridad común, la vida y la integridad corporal) no se cometan necesariamente. Es decir, no se trata de un delito de resultado.⁸²

En el paralelo con JCE II, no resulta necesario probar que el acusado hubiera previsto la consecución de los delitos que la organización se proponía cometer. Sin embargo, los partícipes de la organización son responsables por los crímenes cometidos en el marco del plan común.⁸³ En el paralelo en cuestión, resultarían responsables si se cometieran los delitos contra la vida, la integridad corporal y/o la seguridad común, que podrían entenderse como parte del plan común de la organización armada. En efecto, la formulación del tipo del artículo 133 del CP da pie a dicha asimilación: “[...] una organización armada *destinada a cometer delitos* [...]”.⁸⁴

Por su parte, los dos primeros elementos del concepto de JCE II parecen corresponder con el conocimiento de que se trate de una organización armada destinada a cometer delitos —contra los bienes protegidos enunciados en el tipo del artículo 133— con el propósito de subvertir el orden constitucional, deponer al gobierno constitucional o infligir terror entre la población civil. Es decir, la *mens rea* del tipo de terrorismo boliviano parecería concordante con la aplicable en JCE II. Es más, la transposición no solo del conocimiento de la naturaleza de la organización sino también de la intencionalidad de contribuir a la consecución del sistema de criminalidad parecería ofrecer una interpretación de la *mens rea* más rigurosa.

⁸⁰ Por ejemplo, Link, o. cit. (nota 78), p. 469, considerando que resulta ser un elemento del crimen librado a designación gubernamental y que elude, en consecuencia, los requerimientos probatorios que hacen a una imputación (penal).

⁸¹ Artículo 133 del Código Penal boliviano.

⁸² Miguel Harb, al comentar el tipo de terrorismo del Código Bánzer, afirmaba que este tenía una doble naturaleza. Por un lado, lo consideraba de carácter formal y, por otro, de resultado, y subrayaba que atentados contra la vida, por ejemplo, podrían no producirse ante el estallido de dinamitas, que no obstante causarían pánico entre la población. Miguel Harb, o. cit. (nota 13), p. 57. Cabe advertir las diferencias sustanciales con la tipificación actual, como se ha comentado.

⁸³ Werle, o. cit. (nota 19), p. 122.

⁸⁴ Artículo 133 CP (énfasis añadido).

Se ha considerado que el concepto de JCE, inherente a la criminalidad de grupo,⁸⁵ constituye una categoría que desarrolla y va más allá de la conspiración y la organización criminal. En particular, se ha asimilado a JCE II con el crimen de pertenencia a una organización criminal, con el recaudo necesario de que JCE constituye un modo de responsabilidad (y no una conducta punible *per se*).⁸⁶ La premisa subyacente es que el individuo que participa en una organización criminal, al estar consciente de la naturaleza y los fines de la organización, contribuye a sus propósitos (o plan criminal),⁸⁷ conocimiento que se complementa con la intencionalidad de apoyar la consecución del sistema de criminalidad (parte de la *mens rea*). Parecería que esta lógica es en cierto modo asimilable con el sentido del tipo de terrorismo boliviano (actual), en cuanto este atribuye la responsabilidad penal por terrorismo en función de la vinculación con la organización armada establecida con dichos fines, más que por la comisión individual del delito o crimen de terrorismo. Así, los requerimientos de la *mens rea* en un JCE II podrían argumentablemente contribuir a alcanzar una interpretación más rigurosa.

En un análisis del concepto de JCE a la luz de modos comparables de responsabilidad penal o formas de participación criminal en el derecho interno, un estudio contrastó el concepto con los sistemas jurídicos de Alemania y del Reino Unido, como sistemas representativos de las tradiciones jurídicas del *civil law* y del *common law*, respectivamente. El autor concluyó que JCE no debería entenderse como un modo distinto e independiente de responsabilidad penal, sino como una etiqueta a ciertas situaciones sin perjuicio del modo de responsabilidad a aplicarse de manera individual a cada partícipe,⁸⁸ en contraste con la posición de la Sala de Apelaciones en *Tadić*, que consideró pertinente distinguir entre la actuación encaminada a un propósito común para cometer un crimen y la instigación o colaboración.⁸⁹ En virtud de la tipificación del artículo 133, parecería que la asimilación a un JCE II contribuiría a distinguir la conducta de otros tipos relacionados, como la *asociación delictuosa* u *organización criminal*. Esto es así si se tiene en cuenta que la esencia de JCE es la existencia de un propósito común que hace que varias personas se

⁸⁵ En ese sentido, Marina Aksenova, *Returning to complicity for core international crimes*, Berlín: FICHL, Policy Brief Series, n.º 17, 2014.

⁸⁶ Chouliaras, o. cit. (nota 79), p. 573 (con referencias adicionales).

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Hamdorf, o. cit. (nota 79), p. 226.

⁸⁹ *Tadić*, Sala de Apelaciones, Fallo de Apelación, de 15 de Julio de 1999, § 229.

embarquen en un cometido criminal común;⁹⁰ en el caso en cuestión, alcanzar los fines perseguidos por la organización (esto es, subvertir el orden constitucional, deponer el gobierno de turno o infundir terror entre la población civil). La curiosidad que despierta la analogía planteada aquí, al menos desde un plano abstracto más que normativo, se sustenta en los aspectos estructurales que subyacen en la noción de JCE, es decir, su aplicación relacionada con criminalidad sistémica, de alta envergadura y de naturaleza colectiva. Dichos elementos estructurales se presentan también en el caso del terrorismo.⁹¹

Resulta interesante apuntar que la mencionada decisión interlocutoria del Tribunal Especial consideró relevante analizar si —y, en su caso, hasta qué grado— los modos de responsabilidad contemplados en el derecho libanés (coautoría, complicidad, instigación) resultaban congruentes con la noción de *joint criminal enterprise* reconocida por el derecho internacional consuetudinario.⁹² Considerando la convergencia de ambos ordenamientos respecto del elemento subjetivo, el TEL consideró que tanto el derecho libanés como el derecho penal internacional coinciden en el reproche penal de la ejecución de un acuerdo o plan criminal, en el que todos los partícipes, si bien asumen roles diferentes en la ejecución del crimen, comparten la misma intencionalidad. Adicionalmente, consideró que, si bien ambos ordenamientos comprenden la noción de JCE III, dicha categoría (JCE III) no resulta aplicable al crimen de terrorismo, tratándose de un crimen de intencionalidad especial —esto es, de causar terror o aterrorizar—. ⁹³

Conforme a este racional y la aclaración que en principio efectuó la Sala de Apelaciones en la decisión interlocutoria respecto a la inaplicabilidad fáctica de JCE II en mérito a la competencia específica del TEL en virtud del artículo 1 de su Estatuto,⁹⁴ es decir, en función a un incidente específico de criminalidad y repercusiones conexas, solo JCE I resultaría relevante en dicho ámbito. No obstante, la misma decisión interlocutoria reconoció que desde un punto de vista teórico el artículo 3.1.b del Estatuto del TEL, que recoge la doctrina del propósito común, es asimilable a las tres categorías de JCE.⁹⁵

⁹⁰ Al respecto, por ejemplo, Chouliaras, o. cit. (nota 79), p. 562, trayendo a colación *Tadić*, cit., § 189-90, 193.

⁹¹ Cassese señala que el terrorismo, a la par de los *core crimes*, tiende a ser una expresión de la criminalidad colectiva. Antonio Cassese, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise," *Journal of International Criminal Justice*, 5, n.º 1, 2007, pp. 110.

⁹² TSL, *Decisión interlocutoria*, cit. (nota 35), § 5.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Conforme al artículo 1, la competencia del TEL se extiende, en principio, a los ataques del 14 de febrero de 2005 que resultaron en la muerte del primer ministro libanés, Hariri, y en la muerte o lesiones de otras personas.

⁹⁵ TSL, *Decisión interlocutoria*, cit. (nota 35), § 251.

Si bien estas consideraciones son relevantes respecto de la competencia del TEL,⁹⁶ su planteamiento denota la relevancia, en términos genéricos, de esta modalidad de responsabilidad desarrollada en el derecho penal internacional a efectos de la persecución penal del crimen de terrorismo. Esto es aún más contundente si se tiene en cuenta que el artículo 3.1.b del Estatuto del TEL es una réplica de la misma disposición introducida en el mencionado Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas cometidos con Bombas de 1997 (artículo 2.3.c), y que fue también adoptada en convenciones internacionales posteriores sobre terrorismo, vinculantes en el caso boliviano.

4.3. El terrorismo como crimen de guerra y de lesa humanidad

Toda vez que el fenómeno del terrorismo no solo existe en tiempos de paz sino también en los conflictos armados y con relación a ellos —es decir, como un crimen de guerra—, su criminalización debería concebirse en ambos contextos.⁹⁷ Las fuentes convencionales directas del crimen de guerra de terror son el artículo 51.2 del Protocolo Adicional I y el artículo 13.2 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949,⁹⁸ instrumentos de los que Bolivia es Estado parte⁹⁹ y cuyo estatus consuetudinario ha sido reconocido.¹⁰⁰ Así también, como se mencionó, es Estado parte del

⁹⁶ Para mayor abordaje al respecto, véase Philippa Webb, "Individual Criminal Responsibility", en Amal Alamuddin et al. (eds.), *The Special Tribunal for Lebanon: Law and Practice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 88-110.

⁹⁷ Van der Wilt y Braver señalan que es una falacia considerar la criminalización del terrorismo solo en tiempos de paz: Harmen Van der Wilt y Inez Braver, "The Case for Inclusion of Terrorism in the Jurisdiction of the International Criminal Court", en Triestino Mariniello (ed.), *The ICC in Search of its Purpose and Identity*, Londres y Nueva York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2014, p. 19.

⁹⁸ Ambas disposiciones establecen de manera idéntica: "No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil" (artículos 51.2 PA I y 13.2 PA II). La Sala de Juicio en *Galić* consideró que el artículo 51.2 del PA I es una extensión de la protección conferida por el artículo 33 del Convenio de Ginebra IV, de 1949, que se circunscribe a los civiles en manos de una parte del conflicto, contra medidas de intimidación o terrorismo. *Fiscal v. Stanislav Galić*, fallo de la Sala de Juicio de 5 de diciembre de 2003, § 119-20. Una protección similar existe en el marco del conflicto armado no internacional respecto de las personas que no participan directamente en las hostilidades; los actos de terrorismo quedan prohibidos conforme al artículo 4.2.d del PA II a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁹⁹ Adhesión inicial por DS 18549, de 8 de diciembre de 1983, y posteriormente por ley 1151, de 14 de mayo de 1990. Para las ratificaciones de los Convenios de Ginebra de 1949 e instrumentos internacionales relacionados, véase Santalla Vargas, *Bolivia ante el derecho internacional humanitario. Estudio de compatibilidad entre el ordenamiento jurídico interno y el DIH*, La Paz: Plural, CICR, 2006, pp. 121-9.

¹⁰⁰ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, *Rules*, Cambridge: Cambridge University Press, ICRC, 2005, regla 2.

Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999),¹⁰¹ que concibe la comisión de terrorismo en el marco del conflicto armado en los siguientes términos:

Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.¹⁰²

En el ámbito del derecho penal internacional, la criminalización expresa de actos de terrorismo en el marco de un conflicto armado se recogió en el Estatuto del TPIR, artículo 4.*d*, como una violación al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II, en razón de la competencia del TPIR respecto a los crímenes de guerra en el conflicto armado no internacional. Una disposición similar se recogió en el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona.¹⁰³

Cabe notar que el terrorismo no figura ni como crimen de guerra ni de lesa humanidad en el Estatuto de Roma.¹⁰⁴ Si bien el *actus reus* del terrorismo —teniendo en cuenta la comisión de conductas punibles, o su amenaza de comisión, que se consideran parte de los elementos de carácter consuetudinario o pertenecientes a la predominante corriente normativa— encuentra cierta corresponsalía con algunos crímenes de guerra, en particular los ataques directos a la población civil o a civiles que no participan directamente en las hostilidades,¹⁰⁵ los ataques contra bienes civiles¹⁰⁶ o la toma de rehenes,¹⁰⁷ lo propio no ocurre con el *dolus specialis* de infundir terror o aterrorizar a la población

¹⁰¹ Suscribió la Convención el 10 de noviembre de 2001 y la ratificó el 7 de enero de 2002.

¹⁰² TPIR, Estatuto anexo a la resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, artículo 2.1.*b*.

¹⁰³ CSSL, Estatuto conforme al acuerdo suscrito entre Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona, en mérito a la resolución del Consejo de Seguridad 1315, de 14 de agosto de 2000, artículo 3.*d*.

¹⁰⁴ Sobre la exclusión del crimen de terrorismo en los debates tendentes a la adopción del ECPI y las propuestas efectuadas al respecto, véase Roberta Arnold, "Terrorism, War Crimes and the ICC", en Ben Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, pp. 283-4.

¹⁰⁵ Conducta recogida en los artículos 8.2.*b.i* y 8.2.*e.i* del ECPI, en relación con el conflicto armado internacional y no internacional, respectivamente.

¹⁰⁶ Conducta recogida en los artículos 8.2.*b.ii* y 8.2.*e.ii* del ECPI, en relación con el conflicto armado internacional y no internacional, respectivamente.

¹⁰⁷ Artículos 8.2.*a.viii* y 8.2.*c.iii* del ECPI, en relación con el conflicto armado internacional y no internacional, respectivamente.

civil.¹⁰⁸ El caso *Galić* del TPIY —relacionado con la toma de Sarajevo por la armada serbio-bosnia en 1992, que involucró una campaña de ataque con francotiradores y bombardeo de Sarajevo que afectó en forma directa a la población civil— es ilustrativo de dicho dilema, el mismo que constituyó la primera persecución penal internacional de la conducta de infundir terror entre la población civil en el marco de un conflicto armado como un crimen de guerra autónomo y diferenciado del ataque contra la población civil.¹⁰⁹ En efecto, el elemento que distingue ambas conductas es la intencionalidad de causar terror o aterrorizar (a la población civil o a civiles que no participan directamente en las hostilidades).¹¹⁰ El voto mayoritario de la Sala de Apelaciones confirmó que la conducta —de actos o amenazas de violencia cuyo propósito principal es infundir terror entre la población civil— es penalmente reprochable en el derecho internacional consuetudinario desde por lo menos el periodo relevante a la acusación,¹¹¹ conclusión que en principio afirmó el carácter consuetudinario de las prohibiciones contenidas en los artículos 51.2 del PA I y 13.2 del PA II desde por lo menos el tiempo de su inclusión en los Protocolos Adicionales.¹¹² En *D. Milosević* —caso también relacionado con la toma

¹⁰⁸ Al respecto, Van der Wilt y Braver, o. cit. (nota 97), p. 20. Con una posición distinta, considerando suficiente la responsabilidad penal individual emergente de actos violentos que se manifiestan en ataques dirigidos contra civiles y objetos civiles en un conflicto armado, que tornan dichas conductas crímenes de guerra conforme al derecho convencional y consuetudinario, y considerando más bien contraproducente la criminalización del terrorismo en relación con el conflicto armado, véase Martin, o. cit. (nota 14), pp. 651, 665-6.

¹⁰⁹ *Galić* fue acusado por las conductas de infundir terror y atacar a civiles como violaciones a las leyes o costumbres de la guerra, conforme al artículo 3 del Estatuto del TPIY —además de homicidio y actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad—. Cabe apuntar que en *Karadžić*, la acusación ha diferenciado los crímenes de toma de rehenes y de infundir terror a civiles, como violaciones a las leyes o costumbres de la guerra. *Prosecutor v Karadžić*, acusación reformulada de 28 de abril de 2000, cargos 10 y 11. En *Mladić*, la acusación reformulada de 16 de diciembre de 2011 distinguió el crimen de terror de los ataques ilegales contra la población civil, en los cargos 9 y 10.

¹¹⁰ La Sala de Juicio definió el crimen de terror como “actos de violencia intencionalmente dirigidos contra una población civil o civiles que no participan directamente en las hostilidades, causando muerte o lesiones graves al cuerpo o a la salud entre la población civil con el propósito principal de infundir terror entre la población civil”. TPIY, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, fallo de primera instancia, de 5 de diciembre de 2003, § 133, 138 (traducción libre). Para una reseña y análisis de la sentencia de primera instancia, véase Daniela Kravetz, “The Protection of Civilians in War: The ICTY’s Galić Case”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, n.º 3, 2004, pp. 521-36.

¹¹¹ Cabe notar que la mayoría en la Sala de Juicio había considerado innecesario pronunciarse sobre el carácter consuetudinario del crimen, *Ibidem* § 138. TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, Fallo de Apelación de 30 de noviembre de 2006, § 98. El fallo se alcanzó con un voto disidente del Juez Schomburg (respecto del carácter consuetudinario del crimen). Sobre la importancia de la determinación del carácter consuetudinario del crimen a efectos de la competencia del TPIY sobre la base del artículo 3 de su Estatuto (que recoge las violaciones a las leyes o costumbres de la guerra) y, en consecuencia, la determinación a dicho efecto de la verificación de los cuatro criterios establecidos en *Tadić*, véase Kravetz, o. cit. (nota 110), pp. 524-6.

¹¹² Sala de Apelaciones, cit. (nota 111), § 90.

y la campaña militar de Sarajevo— la Sala de Apelaciones clarificó la interpretación que había efectuado la Sala de Juicio (en *D. Milosević*) respecto de *Galić*, precisando que la muerte y lesiones graves a la integridad corporal y a la salud, si bien pueden constituir un modo de comisión del crimen, no son un elemento constitutivo de este, y que los ataques o amenazas pueden manifestarse de cualquier otro modo o producir otro tipo de consecuencias.¹¹³ Asimismo, la Sala de Apelaciones reiteró la interpretación hecha en *Galić* respecto a que la causación misma del terror no es un elemento constitutivo del crimen, si bien la prueba respecto al clima de terror —como, por ejemplo, el impacto psicológico en la población— puede contribuir a dilucidar los otros elementos constitutivos del crimen.¹¹⁴

Por su parte, en el contexto de la Corte Especial para Sierra Leona, la acusación y el juzgamiento del terrorismo como un crimen de guerra autónomo se consideran una de las contribuciones más importantes de su jurisprudencia. En los casos CDF¹¹⁵ y *Brima et al.* (AFRC),¹¹⁶ la CESL concordó con la determinación en *Galić* respecto del carácter consuetudinario de la prohibición contemplada en el artículo 13.2 del PAII, relacionada con el artículo 4.2.d del mismo protocolo, que a su vez queda reproducido en el artículo 3.d de su Estatuto, y del carácter consuetudinario de la responsabilidad penal individual por las violaciones a dicha prohibición, que constituyen un crimen de guerra.¹¹⁷

La intencionalidad especial del terrorismo reconocida por el derecho internacional amerita a la vez la consideración de su criminalización en su faceta como crimen de lesa humanidad, la misma que cobra relevancia si se tiene en cuenta que, particularmente en función del material y el personal con que operan las organizaciones terroristas, estas están usualmente en capacidad de cometer ataques generalizados o sistemáticos contra

¹¹³ *Prosecutor v Dragomir Milosević*, Sala de Apelaciones, fallo de 12 de noviembre de 2009, § 33 y 32.

¹¹⁴ *Ibidem*, § 35.

¹¹⁵ Casos relacionados con las Fuerzas de Defensa Civil.

¹¹⁶ Que constituyó el primer caso con sentencia condenatoria del Tribunal Especial para Sierra Leona sobre la base del artículo 3.d de su Estatuto, relacionado con la disuelta organización Fuerzas Armadas Revolucionarias del Consejo de Sierra Leona.

¹¹⁷ *Prosecutor v Brima, Kamara and Kanu*, Sala de Juicio II, fallo de 20 de junio de 2007, § 666: “En vista de lo anterior, la Sala de Juicio considera que el derecho internacional consuetudinario reconoció la responsabilidad penal individual por violaciones a la prohibición de aterrorizar a la población civil, en la época relevante para la acusación” (traducción libre). Para un análisis del caso y mayor abordaje sobre el desarrollo jurisprudencial en el contexto de la CESL con relación a los actos de terror como crimen de guerra, véase Roberta Arnold, “The Judicial Contribution of the Special Court for Sierra Leone to the Prosecution of Terrorism”, en Charles Chernor Jalloh (ed.), *The Sierra Leone Special Court and its legacy*, Nueva York: Cambridge University Press, 2014, pp. 277 ss. También con relación a la jurisprudencia del TPII.

la población civil —elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad—. ¹¹⁸ Al respecto resulta ilustrativo el fallo de la Corte Suprema de Kosovo en *Vučković*, ¹¹⁹ en el contexto del conflicto armado de la antigua Yugoslavia. Al descartar que los actos atribuidos al régimen de Milosević de 1999 con relación al grupo étnico albanés hubieran sido perpetrados con el *dolus specialis* del genocidio, la Corte Suprema consideró que el desplazamiento forzado de Kosovo del grupo étnico albanés constituyó una campaña sistemática de terror que incluyó, *inter alia*, homicidios, violaciones y graves maltratos, que podían calificar como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra conforme al Código Penal de Yugoslavia. ¹²⁰ Es aceptado también en la doctrina que el desplazamiento forzado pueda cometerse a través de una campaña de terror que se manifieste de cualquier manera. ¹²¹

En el ámbito del ТРИУ, su jurisprudencia ha catalogado la utilización de una campaña de terror como crimen de lesa humanidad con relación, principalmente, a los crímenes de persecución y/o de otros actos inhumanos. ¹²² Así, por ejemplo, *Krstić* fue acusado y convicto, *inter alia*, de persecución como crimen de lesa humanidad por, *inter alia*, su participación en la campaña de terror contra los civiles bosnio-musulmanes. ¹²³ Un ejemplo conspicuo de dicha campaña ha sido el caso de los campos de concentración que constituyeron mecanismos institucionalizados para aterrorizar a la población civil. En *Kvočka*, por ejemplo, la Sala de Juicio consideró que los campos de concentración de Keratem, Omarska y Trnopolje constituyeron un mecanismo para aterrorizar a los

¹¹⁸ Werle, o. cit. (nota 19), § 74, apunta que los crímenes de terrorismo pueden alcanzar los prerequisites de los *core crimes*, en particular de los crímenes de lesa humanidad (§ 663) y de guerra. Ridarson Galingging, "Prosecuting Acts of Terrorism as Crimes Against Humanity under the ICC Treaty", *Indonesian Journal of International Law*, vol. 7, n.º 4, 2010, sostiene la posición de ser innecesaria una enmienda del ECPI, considerando que el terrorismo puede perseguirse a través de los crímenes de lesa humanidad que comprende el artículo 7 del ECP. Por el contrario, Van der Wilt y Braver, considerando las dificultades jurisdiccionales que podrían presentarse respecto de la CPI, particularmente con grupos armados no estatales que no alcanzan el requerimiento de organización suficiente para la evaluación del elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad, subrayan la importancia de investigar si cabe expandir el alcance jurisdiccional de la CPI con relación al terrorismo (de manera autónoma). Van der Wilt y Braver, o. cit. (nota 79), p. 24.

¹¹⁹ Corte Suprema de Kosovo, *Fiscal v. Miroslav Vučković*, de 31 de agosto de 2001, AP.156/2001. Sobre el caso y con una visión crítica respecto a la no consideración del desplazamiento forzoso como una forma de destrucción del grupo protegido conforme a la definición de genocidio, véase Jonas Nilsson, "The Vučković Trial in Kosovo: Deportation and Forcible Transfer under the Definition of Genocide", *Nordic Journal of International Law*, vol. 71, n.º 4, 2002, pp. 547.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 548.

¹²¹ *Ibidem*, p. 555.

¹²² Al respecto, véase Arnold, "The Prosecution...", o. cit. (nota 104), p. 990.

¹²³ *Prosecutor v. Radislav Krstić*, fallo de primera instancia, de 2 de agosto de 2001, § 533, 537-8, 727.

prisioneros.¹²⁴ Asimismo, en *Blagojević & Jokić*, el infundir terror entre la población civil se consideró una forma de comisión del crimen de persecución como crimen de lesa humanidad.¹²⁵ Sobre la base de *Galić*, la Sala de Juicio en *Blagojević & Jokić* definió los elementos del acto de aterrorizar a la población civil en los siguientes términos:

- a. Actos o amenazas de violencia;
- b. El objeto de tales actos o amenazas de violencia son, intencionalmente, la población civil o personas civiles que no participan directamente en las hostilidades;
- c. Los actos o amenazas de violencia tienen como propósito principal infundir terror entre la población civil.¹²⁶

Adicionalmente, la Sala de Juicio consideró:

[...] estar expuesto a una situación de terror es una negación del derecho fundamental a la seguridad de la persona reconocido en todos los sistemas nacionales y en el artículo 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Político, así como también en el artículo 5 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. En consecuencia, la Sala de Juicio considera que el infundir terror constituye una violación al mencionado derecho fundamental reconocido en el derecho internacional convencional y consuetudinario.¹²⁷

Teniendo en cuenta que los derechos fundamentales de una población civil hacen a la esencia de la noción de crímenes de lesa humanidad, cuyo ataque generalizado o sistemático se considera que pone en riesgo la paz, la *seguridad* y el bienestar de la comunidad internacional en su conjunto,¹²⁸ siguiendo el racional de la Sala de Juicio en *Blagojević & Jokić* respecto de la afectación del derecho fundamental a la seguridad, la criminalización del terrorismo también como crimen de lesa humanidad encuentra fundamentos sólidos. En efecto, si bien la persecución penal del terrorismo en el marco de los crímenes de lesa humanidad puede involucrar —y lo ha hecho— la demostración de que una campaña de terror contra la población civil puede llevarse a cabo a través de la comisión de los crímenes tradicionalmente reconocidos como parte de la categoría de crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional convencional y consuetudinario, su

¹²⁴ *Prosecutor v. Kvočka*, fallo de primera instancia, de 2 de noviembre de 2001, § 117.

¹²⁵ *Prosecutor v. Blagojević & Jokić*, Sala de Juicio, fallo de 17 de enero de 2005, § 611.

¹²⁶ *Ibidem*, § 589.

¹²⁷ *Ibidem*, § 592 (traducción libre).

¹²⁸ Werle, o. cit. (nota 19), § 645.

consideración autónoma —al igual que en el ámbito de los crímenes de guerra— contribuiría a visibilizar el reproche penal de la intencionalidad especial que hace al terrorismo, también en tiempos de paz.¹²⁹ Asimismo, parte de la doctrina considera que formas extremas de terrorismo pueden constituir crímenes de guerra o de lesa humanidad, y son en consecuencia sancionables en el derecho internacional.¹³⁰ Dicha postura ha cobrado relevancia en la práctica con relación a actos concretos de terrorismo, como los atentados del 11 de septiembre de 2001, que ameritaron el pronunciamiento de su calificación como crímenes de lesa humanidad con implicaciones en varios contextos del derecho internacional; por ejemplo, en el marco de la interpretación y aplicación de las causales de exclusión de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (artículo 1.F),¹³¹ cuyo abordaje queda fuera del alcance de esta contribución.¹³² En el ámbito del derecho penal internacional, la caracterización jurídica de los ataques terroristas del 11 de septiembre como crímenes de lesa humanidad encontró un amplio respaldo.¹³³ Por ejemplo, Cassese opinó que la magnitud y extrema gravedad de los ataques, así como el hecho de que se dirigieron contra una población civil, representó una afrenta a toda la humanidad, habiendo constituido parte de un ataque generalizado o sistemático.¹³⁴

Todo ello parece confluir con los criterios enunciados por Bassiouni para la determinación de la existencia de crímenes internacionales. A saber: a) que la conducta prohibida afecte intereses internacionales significativos, en particular si puede constituir una

¹²⁹ Con la misma postura, subrayando el carácter simbólico de dicho reconocimiento como parte de los crímenes de lesa humanidad del artículo 7.1 del ECI y las dificultades que en la práctica podrían presentarse con relación al elemento contextual, véase Aviv Cohen, "Prosecuting Terrorists at the International Criminal Court: Reevaluating an Unsued Legal Tool to Combat Terrorism", *Michigan State International Law Review*, vol. 20, n.º 2, 2012, p. 246.

¹³⁰ Ambos, "Judicial Creativity...", o. cit. (nota 31), p. 675 (con referencias adicionales).

¹³¹ En virtud del cual, ante la determinación de razones fundadas, personas consideradas responsables de la comisión de crímenes contra el derecho internacional (*core crimes*), de la comisión de delitos no políticos de gravedad y/o actos contrarios a los principios de la ONU, no son merecedores de la protección conferida por el estatuto de refugiado.

¹³² El ACNUR enfatizó, con posterioridad a los ataques, la necesidad de alcanzar un balance adecuado entre los principios de protección de refugiados y la legislación y medidas antiterroristas adoptadas a consecuencia de los ataques, subrayando que la aplicación de las causales de exclusión del estatuto de refugiado conforme al artículo 1.F de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados (1951) era aplicable respecto de terroristas. Véase ACNUR, *Refugees*, vol. 4, n.º 125, 2001, p. 11.

¹³³ Cassese menciona la calificación efectuada en ese sentido tanto por juristas como por representantes de órganos de protección del sistema de la ONU, *inter alia*, la representante de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, véase Antonio Cassese "Terrorism is also Disrupting some Crucial Legal Categories of International Law", *European Journal of International Law*, 12, n.º 5, 2001, pp. 994-5.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 995.

amenaza a la paz y la seguridad internacionales; b) que la conducta prohibida constituya una ofensa a valores de la comunidad internacional; c) que la conducta prohibida tenga implicaciones transnacionales; d) que la conducta pueda afectar a personas o intereses protegidos internacionalmente, y e) que si la conducta vulnera intereses protegidos internacionalmente pero no alcanza los niveles requeridos en los dos primeros puntos, por su naturaleza amerite la prevención y la represión penal.¹³⁵

Por consiguiente, en atención a los desarrollos jurisprudenciales de alcance internacional, el carácter vinculante de instrumentos internacionales y a la consideración que la implementación no requiere de una reproducción idéntica, en el marco del análisis actualizado tendente a la implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia, se ha recomendado la “inclusión de la tipificación de los actos de terror o tendentes a infligir terror en la población civil, como crímenes de guerra y de lesa humanidad”.¹³⁶

5. Conclusiones

Como puede advertirse, el delito de terrorismo en el contexto boliviano denota una concepción que resulta más expansiva de la noción relativamente generalizada en el derecho internacional. En efecto, la represión de la conducta trasciende el *dolus specialis* que caracteriza al terrorismo en el derecho consuetudinario y alcanza fines distintos, como la protección de la estabilidad del gobierno y el orden constitucional.

En consecuencia, puede considerarse que el caso boliviano se inscribe en el marco de las legislaciones que atribuyen el estigma que involucra la noción de terrorismo a conductas violentas que caen fuera de su concepción en el estado actual del derecho internacional. Asimismo, las consecuencias normativas se extienden a contextos relacionados o que van más allá de la aplicación del derecho penal *per se*.¹³⁷

Si bien la criminalización de la conducta en el contexto boliviano, en su formulación actual, está relacionada con la vinculación, la pertenencia o la contribución a una organización armada, más que a la realización de actos individuales que conlleven la

¹³⁵ M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2.^a ed. revisada, vol. 1, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2012, pp. 142-3.

¹³⁶ Elizabeth Santalla Vargas, “Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia. Reseña y Análisis a la Luz de los Desarrollos Contemporáneos. Recomendaciones para el Proceso de Implementación - Parte Sustantiva - Parte II B”, *The Peace and Justice Initiative*, <www.peaceandjusticeinitiative.org/projects> (31.8.2014), p. 15.

¹³⁷ Al respecto, véase Di Fillipo, o. cit. (nota 18), p. 4.

finalidad terrorista, cabe rescatar que dicho marco organizacional requerido por el tipo guarda relación con el carácter organizacional atribuido a una evolutiva noción internacional del terrorismo. Asimismo, los valores reconocidos internacionalmente como subyacentes a la protección que involucra la prohibición y criminalización del terrorismo —esto es, la protección de derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida y a la integridad corporal— permean también el tipo boliviano.

En razón de la conducta punible del tipo, en una mirada desde los desarrollos en el ámbito internacional, la *mens rea* parece asimilable al modo de responsabilidad desarrollado por la jurisprudencia del TPIY denominada JCE, particularmente en su segunda categoría (JCE II), reconocida como parte del derecho internacional consuetudinario. Dicha asimilación parecería contribuir a distinguir el tipo de terrorismo de conductas punibles similares, en virtud del modo de tipificación que plantea la legislación interna, además de contribuir a desterrar el estigma del terrorismo por la mera pertenencia o vinculación a la organización —modalidad de tipificación que ha sido puesta en cuestionamiento por la posibilidad que presenta de constituir una criminalización de *etiqueta*—. En esta línea resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento de la Sala de Apelaciones del TPIY en *Aleksovski*, respecto a que la observancia al principio de *nullum crimen sine lege* no impide que una corte o tribunal, sea *nacional* o internacional, interprete y clarifique los elementos constitutivos de un determinado tipo penal.¹³⁸ Es más, en mérito a la ratificación de instrumentos internacionales sobre terrorismo que incorporan la noción de JCE, esta es vinculante para Bolivia —al igual que para varios otros Estados parte—.

El desarrollo del marco penal interno se nutriría, por otro lado, con la tipificación interna del terrorismo como un crimen de guerra y de lesa humanidad, propuesta que resulta en consonancia con los desarrollos suscitados en el plano internacional que reflejan la evolución del derecho internacional consuetudinario al respecto y que, a su vez, pueden contribuir a la consolidación de normas consuetudinarias. Quedando pendiente la implementación de los *core crimes*¹³⁹ del ECPI en el contexto boliviano, la oportunidad es propicia para dicho cometido.

¹³⁸ TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Aleksovski*, fallo de 24 de mayo de 2000, § 127. Este pronunciamiento, afirmado en el fallo en apelación en *Čelebići*, de 20 de febrero de 2001, § 173, fue traído a colación por la Sala de Apelaciones del TEL en la decisión interlocutoria mencionada en esta contribución (nota 35), § 135.

¹³⁹ La categoría es entendida en el sentido de referirse a los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional —como reza el preámbulo del ECPI—, crímenes que involucran un reproche que puede reputarse de carácter universal.

Bibliografía

- ABI-SAAB, George, "Security Council as Legislator and Executive in its Fight against Terrorism and against Proliferation of Weapons of Mass Destructions: Questions of Legitimacy", en Rüdiger WOLFRUM y Volker RÖBEN (eds.), *Legitimacy in International Law*, Berlín: Springer, 2008, pp. 129-30.
- ACNUR, "The September Terror: a Global Impact. Afghanistan's Agony", *Refugees*, vol. 4, n.º 125, 2001.
- AKHAVAN, Payam, "Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?", *AJIL*, vol. 95, n.º 1, 2001, pp. 7-31.
- AKSENOVA, Marina, *Returning to complicity for core international crimes*, Berlín: FICHL, Policy Brief Series, n.º 17, 2014.
- AMBOS, Kai, "Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: is there a Crime of Terrorism under International Law?", *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n.º 3, 2011, pp. 655-675.
- AMBOS, Kai, y Elizabeth SANTALLA VARGAS, "Country Study - Bolivia", en Lavinia STAN y Nadia NEDELSKI (eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, vol. 3, Nueva York: Cambridge University Press, 2013, pp. 165-9.
- AMBOS, Kai, y Anina TIMMERMANN, "Terrorism and Customary International Law", en Ben SAUL (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, pp. 20-38.
- ARNOLD, Roberta, "The Judicial Contribution of the Special Court for Sierra Leone to the Prosecution of Terrorism", en Charles Chernor JALLOH (ed.), *The Sierra Leone Special Court and its Legacy: the Impact for Africa and International Criminal Law*, Nueva York: Cambridge University Press, 2014, pp. 260-288.
- "The Prosecution of Terrorism as a Crime against Humanity", *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, n.º 64, 2004, pp. 979-1000.
- "Terrorism, War Crimes and the International Criminal Court", en Ben SAUL (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, pp. 282-297.
- BASSIOUNI, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, 2.^a ed. revisada, vol. 1, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2012.
- CASSESE, Antonio, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice*, 5, n.º 1, 2007, pp. 109-133.
- "Terrorism is also Disrupting some Crucial Legal Categories of International Law", *European Journal of International Law*, 12, n.º 5, 2001, pp. 993-1001.
- CHOULIARAS, Athanasios, "From Conspiracy to Joint Criminal Enterprise: in Search of the Organizational Parameter", en Carsten STAHN y Larissa VAN DEN HERIK (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, La Haya: Asser Press, 2010, pp. 545-582.

- COHEN, Aviv, "Prosecuting Terrorists at the International Criminal Court: Reevaluating an Unsued Legal Tool to Combat Terrorism", *Journal of International Law and Practice*, vol. 20, n.º 2, 2012, pp. 219-257.
- DI FILIPPO, Marcello, "The Definition(s) of Terrorism in International Law", en Ben SAUL (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, pp. 3-19.
- EINARSEN, Terje, *The Concept of Universal Crimes in International Law*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012.
- GALINGGING, Ridarson, "Prosecuting Acts of Terrorism as Crimes Against Humanity under the ICC Treaty", *Indonesian Journal of International Law*, vol. 7, n.º 4, 2010.
- GAL-OR, Noemi, "Terrorism, the Non State Actor, and the Dictum of the Special Tribunal for Lebanon in its 2011 Interlocutory Decision", *Social Sciences Research Network – abstract*, Surrey: Kwantlen Polytechnic University (publicado inicialmente en *The 2011 Hague Yearbook of International Law*, 2012).
- GILLET, Matthew, y Matthias SCHUSTER, "Fast-Track Justice. The Special Tribunal for Lebanon Defines Terrorism", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n.º 5, 2011, pp. 989-1020.
- HAMDORF, Kai, "The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime. A Comparison of German and English Law", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n.º 1, 2007, pp. 208-226.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, y Louise DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, *Rules*, Cambridge: Cambridge University Press, ICRC, 2005.
- JURDI, Nidal Nabil, "The Crime of Terrorism in Lebanese and International Law", en Amal ALAMUDDIN et al. (eds.), *The Special Tribunal for Lebanon: Law and Practice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 73-87.
- "The Subject-Matter Jurisdiction of the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n.º 1, 2007, pp. 1125-1138.
- KRAVETZ, Daniela, "The Protection of Civilians in War: The ICTY's Galić Case", *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, n.º 3, 2004, pp. 521-36.
- LINK, Alexandra, "Trying Terrorism: Joint Criminal Enterprise, Material Support, and the Paradox of International Criminal Law", *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, n.º 2, 2013, pp. 439-490.
- MARTIN, Claudia, "Terrorism as a Crime in International and Domestic Law: Open Issues", en Larissa VAN DEN HERIK y Nico SCHRIJVER (eds.), *Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order: Meeting the Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 639-666.
- METTRAUX, Guénaél, "The United Nations Special Tribunal for Lebanon: Prosecuting Terrorism", en Ben SAUL (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, pp. 651-665.

- MIGUEL HARB, Benjamín, *Código Penal boliviano con las reformas y leyes conexas (comentado y concordado)*, 3.^a ed., La Paz: Juventud, 2005.
- *Derecho Penal*, tomo II, *Delitos en particular. Parte especial*, La Paz: Juventud, 1996.
- MILANOVIC, Marko, “Special Tribunal for Lebanon Delivers Interlocutory Decision on Applicable Law”, *EJIL: Talk!*, 16 de febrero de 2011.
- NILSSON, Jonas, “The Vučković Trial in Kosovo: Deportation and Forcible Transfer under the Definition of Genocide”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 71, n.º 4, 2002, pp. 545-555.
- RAGNI, Chiara, “The Contribution of the Special Tribunal for Lebanon to the Notion of Terrorism: Judicial Creativity or Progressive Development of International Law?”, en Nerina BOSCHIERO et al. (eds.), *International Courts and the Development of International Law*, 2013, La Haya: Asser Press, pp. 671-84.
- SANTALLA VARGAS, Elizabeth, “Bolivia”, en Kai AMBOS et al. (eds.): *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 153-170.
- “Bolivia”, en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 83-118.
- *Bolivia ante el derecho internacional humanitario. Estudio de compatibilidad entre el ordenamiento jurídico interno y el DIH*, La Paz: Plural, CICR, 2006.
- “Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia. Reseña y Análisis a la Luz de los Desarrollos Contemporáneos. Recomendaciones para el Proceso de Implementación - Parte Sustantiva - Parte II B”, *The Peace and Justice Initiative*, <www.peaceandjusticeinitiative.org/projects> (31.8.2014).
- VAN DER WILT, Harmen, “Why International Criminal Lawyers should read Mirjan Damaška”, en Carsten STAHN y Larissa VAN DEN HERIK (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, La Haya: TMC Asser Press, 2010, pp. 44-57.
- VAN DER WILT, Harmen, y Inez BRAVER, “The Case for Inclusion of Terrorism in the Jurisdiction of the International Criminal Court”, en Triestino MARINIELLO (ed.), *The ICC in Search of its Purpose and Identity*, Londres y Nueva York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2014, pp. 17-38.
- WEBB, Philippa, “Individual Criminal Responsibility”, en Amal ALAMUDDIN et al. (eds.), *The Special Tribunal for Lebanon: Law and Practice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 88-110.
- WERLE, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, La Haya: TMC Asser Press, 2005.
- WILSON, Richard Ashby, “Introduction”, en Richard Ashby WILSON (ed.), *Human Rights in the War on Terror*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Jurisprudencia

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

Prosecutor v. Dragomir Milošević, Sala de Apelaciones, caso n.º IT-98-29/I-A, fallo de 12 de noviembre de 2009.

Prosecutor v. Duško Tadić, Sala de Apelaciones, caso n.º IT-94-1-A, fallo de 15 julio de 1999.

Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al., Sala de Juicio, caso n.º IT-98-30/1-T, fallo de 2 noviembre de 2001.

Prosecutor v. Mitar Vasiljević, Sala de Apelaciones, caso n.º IT-98-32-A, fallo de 25 de febrero de 2004.

Prosecutor v. Radislav Krstić, caso n.º IT-98-30-T, fallo de 2 de agosto de 2001.

Prosecutor v. Stanislav Galić, Sala de Apelaciones, caso n.º IT-98-29-A, de 30 de noviembre de 2006.

Prosecutor v. Stanislav Galić, Sala de Juicio, caso n.º IT-98-29-T, de 5 de diciembre de 2003.

Prosecutor v. Vidoje Blagojević & Dragan Jokić, Sala de Juicio I, caso n.º IT-02-60-T, fallo de 17 de enero de 2005.

Prosecutor v. Vujadin Popović et al., Sala de Apelaciones, caso n.º IT-05-88-A, fallo de 30 de enero de 2015.

Prosecutor v. Zdravko Tolimir Sala de Apelaciones, caso n.º IT-05-88/2-A, fallo de 8 de abril de 2015.

Prosecutor v. Zejnil Delalić et al - Čelebići, Sala de Apelaciones, caso n.º IT-96-21-A, fallo de 20 de febrero de 2001.

Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Sala de Apelaciones, caso n.º IT-95-14/1-A, fallo de 24 de marzo de 2000.

Corte Especial para Sierra Leona

Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Sala de Juicio II, caso n.º SCSL-04-16-T, Fallo de 20 de junio de 2007.

Tribunal Especial para el Líbano

Sala de Apelaciones, Decisión Interlocutoria sobre la Ley Aplicable: Terrorismo, Conspiración, Homicidio, Comisión, Acumulación de Cargos, de 16 de febrero de 2011, caso n.º STL-11-01/1/AC/R176bis.

Orden sobre las preguntas preliminares dirigidas a los jueces de la Sala de Apelaciones conforme a la regla 68, párrafo G, de las Reglas de Procedimiento y Prueba, 21 de enero de 2011 (STL-11-01/1/AC/R176bis).

Legislación

Código Penal de Bolivia, decreto ley n.º 10426, de 20 de agosto de 1972.

Código Penal de Bolivia, elevado a rango de ley y modificado por la ley n.º 1768 de 10 de marzo de 1997, y por ley n.º 170, de 9 de septiembre de 2011.

Ley n.º 400, de Control de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, de 18 de septiembre de 2013.

TERRORISMO E O DIREITO BRASILEIRO

UM PROBLEMA DE LEGALIDADE PENAL

*Marcos Zilli, Fabíola Girão Monteconrado,
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
(IBCCrim)*

RESUMO. Muito embora o direito brasileiro contenha inúmeras disposições normativas que fixam um padrão punitivo e persecutório mais severo para a criminalidade terrorista, o sistema não contém um tipo penal que se preste à criminalização dos atos terroristas. Nesse ponto, a referência feita pelo art. 20 da Lei de Segurança Nacional, a “atos de terrorismo”, mais do que insuficiente, não sobrevive ao filtro da legalidade penal. Há, portanto, uma fissura no sistema. Por sua vez, os projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional a respeito da matéria também estão contaminados por diversos vícios.

Palavras chave: terrorismo e Lei de Segurança Nacional, crimes hediondos.

RESUMEN. Pese a que el derecho brasileño contiene múltiples disposiciones normativas que fijan un patrón de punición y persecución más severo para la criminalidad terrorista, el sistema no contiene un tipo penal que criminalice los actos terroristas. En este punto, la referencia establecida por el artículo 20 de la Ley de Seguridad Nacional a los “actos de terrorismo”, además de insuficiente, no supera el filtro de legalidad penal; por lo tanto, hay una rotura en el sistema. A su vez, los proyectos de leyes que se encuentran en tramitación en el Congreso Nacional sobre dicha materia también están contaminados por diversos vicios.

Palabras-clave: terrorismo y Ley de Seguridad Nacional, crímenes atroces.

ABSTRACT. Although Brazilian law includes many provisions that impose harsher prosecution and punishment for terrorist crimes, the system does not contain a specific offense definition for terrorist acts. The reference in Article 20 of the National Security Law regarding “acts of terrorism” is insufficient and does not meet the standard of legality. Thus, the system is fractured. Furthermore, the bills on the subject currently in the National Congress also present several defects.

Key words: terrorism and National Security Law, heinous crimes.

Zusammenfassung. Obwohl das brasilianische Recht zahlreiche gesetzliche Bestimmungen enthält, die ein höheres Strafmaß und eine härtere Strafverfolgung für terroristische Verbrechen vorsehen, enthält es keinen Straftatbestand, der terroristische Handlungen unter Strafe stellt. Der Verweis auf „terroristische Handlungen“ in Artikel 20 des Gesetzes über die Nationale Sicherheit ist nicht nur unzureichend, sondern er hält auch dem Kriterium der strafrechtlichen Legalität nicht stand; daraus folgt ein systemischer Bruch. Auch die Gesetzesvorhaben zu diesem Thema, die zurzeit vom brasilianischen Kongress beraten werden, enthalten eine Reihe von Defiziten.

Schlagwörter: Terrorismus und Gesetz über die Nationale Sicherheit, grausame Verbrechen.

1. Introdução

Os sinais de uma espécie de “esquizofrenia jurídica” são latentes quando se lança o olhar para o tratamento dado pelo sistema brasileiro à criminalidade terrorista. São diversas as referências normativas – inclusive no texto constitucional – que delimitam um regime punitivo e persecutório sensivelmente mais severo a ser aplicável para aqueles crimes. No entanto, a excessiva preocupação com o padrão punitivo não se fez acompanhar de um cuidado, na mesma proporção e intensidade, para com a definição penal do terrorismo. Há, assim, um vácuo legal que torna inócuas várias das previsões punitivas e processuais. Por outro lado, o enfrentamento desta questão não representa uma prioridade da agenda política, até mesmo porque não registra o país um histórico de práticas terroristas que exijam uma resposta urgente do Estado.

Assumindo tais premissas, o trabalho se desenvolve em duas partes. A primeira tem por foco um exame da legislação atualmente em vigor. Assim, a partir de um quadro geral sobre as disposições normativas que fixam um cenário punitivo e persecutório mais rigoroso para o terrorismo, passa-se à análise específica do artigo 20 Lei de Segurança Nacional. Afinal, é este o dispositivo que catalisa os embates doutrinários sobre a existência de um tipo penal incriminador do terrorismo. Para tanto, o exame se desdobrará em diferentes planos de análise, os quais vão desde o enfrentamento da constitucionalidade daquela lei até a possibilidade de complementação do direito interno pela normativa internacional.

Uma vez superado o exame da legislação atualmente em vigor, a análise ficará restrita ao estudo crítico das propostas legislativas que se desenham no Congresso Nacional.

Aqui a variedade de projetos e as limitações impostas ao trabalho demandarão um corte metodológico. A opção recaiu sobre o projeto de novo Código Penal que, além de incluir uma proposta de tipificação do terrorismo, também acena para a criminalização de outras condutas correlatas.

2. Por um regime punitivo e persecutório mais severo para a criminalidade terrorista

A maior severidade no padrão punitivo e persecutório para a criminalidade terrorista está cristalizada nos mais diferentes planos normativos. No texto constitucional, por exemplo, o repúdio ao terrorismo é princípio orientativo das relações internacionais protagonizadas pelo Estado brasileiro (art. 4º, VIII). A afirmação assim posta fixa padrões exegéticos a serem observados no âmbito da cooperação penal internacional, indicando uma maior disposição cooperatória para tal tipo de criminalidade. Exemplos deste compromisso ético-jurídico são dados, não só pelos diversos documentos firmados pelo Brasil na arena internacional,¹ mas também pela jurisprudência oriunda do Supremo

¹ Destaca-se aqui a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados em 03.06.2002 e ratificada pelo Brasil em 25.10.2005. Foi promulgada no Brasil pelo Decreto 5.639 de 26.12.2005. Como se sabe, a Convenção fez referência, em seu art. 2º, a uma série de instrumentos internacionais que serviriam de base para a definição de "delito", em uma tentativa de se buscar referências menos fluidas ao conceito de terrorismo no plano internacional. Todos os instrumentos ali referidos foram ratificados pelo Brasil, a saber: a) Convenção internacional para supressão de atentados terroristas a bomba. Aprovada por meio do Decreto Legislativo 116 de 12 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto 4.394 de 26 de setembro de 2002; b) Convenção para repressão do apoderamento ilícito de aeronaves. Aprovada pelo Decreto Legislativo 71 e promulgada pelo Decreto 70.201, de 24.02.1972; c) Convenção para repressão de atos ilícitos contra a segurança da aviação civil. Aprovada pelo Decreto Legislativo 33 e promulgada pelo Decreto 72.383 de 20.06.1973; d) Convenção para a prevenção e punição dos crimes contra pessoas que gozam de proteção internacional, inclusive agentes diplomáticos. Aprovada pelo Decreto Legislativo 25, de 31.03.1991, com reserva ao art. 13, § 2º e promulgada pelo Decreto 3.167 de 14.09.1999. A reserva se refere à fixação do mecanismo da arbitragem internacional para a solução do conflito entre os Estados Partes sobre a interpretação dos dispositivos da própria Convenção; e) Convenção internacional contra a tomada de reféns. Aprovada pelo Decreto Legislativo 2 de 26.01.2000 e promulgada pelo Decreto 3.517 de 20.06.2000; f) Convenção sobre a proteção física dos materiais nucleares. Aprovada pelo Decreto Legislativo 50, de 27.11.1984, e promulgada pelo Decreto 95 de 16.04.1991; g) Protocolo para a repressão de atos ilícitos e violência nos aeroportos que prestam serviços à aviação civil internacional. Aprovado pelo Decreto Legislativo 01 de 22.01.1997 e promulgado pelo Decreto 2.611 de 2.06.1998; h) Convenção internacional para a supressão de atos ilegais contra a segurança da navegação marítima e o Protocolo para supressão de atos ilícitos contra a segurança das plataformas fixas situadas na plataforma continental. Ambos foram aprovados pelo Decreto Legislativo 921 de 15.09.2005 e promulgados pelo Decreto 6.136 de 26.06.2007; i) Convenção internacional para supressão do financiamento do terrorismo. Aprovada pelo Decreto Legislativo 769 de 30.06.2005 e promulgada pelo Decreto 5.640 de 26.12.2005.

Tribunal Federal (STF), que afastou, para efeitos de extradição, a possibilidade de alinhamento do terrorismo com a criminalidade política.²

Ainda no terreno constitucional, mas agora no contexto dos direitos e garantias fundamentais, há duas importantes previsões. A primeira – art. 5º, XLIII –, além de conter um mandamento de criminalização, estabelece os padrões gerais de um regime punitivo nitidamente mais severo a ser aplicado aos crimes hediondos,³ ao racismo, à tortura e ao terrorismo.⁴ Todos estes são insuscetíveis de fiança, de graça ou mesmo de

² Conforme extradição 855, julgada em 26 de agosto de 2004, requerida pelo Governo do Chile, tendo como extraditando Maurício Fernando Norambuena. Destaca-se a seguinte ementa: “Extradição - atos delituosos de natureza terrorista - descaracterização do terrorismo como prática de criminalidade política (...). Repúdio ao terrorismo: um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional. Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado Brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que expõe, sob tal perspectiva, o tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível de clemência soberana do Estado, reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII). O terrorismo, que traduz expressão de uma macro delinquência capaz de afetar a segurança, a integridade e a paz dos cidadãos e das sociedades organizadas, constitui fenômeno criminoso da mais alta gravidade, a que a comunidade internacional não pode permanecer indiferente, eis que o ato terrorista atenta contra as próprias bases em que se apoia o Estado democrático de Direito, além de representar ameaça inaceitável às instituições políticas e às liberdades públicas, o que autoriza a excluí-lo da benignidade de tratamento que a Constituição do Brasil (art. 5º, LI) reservou aos atos configuradores de criminalidade política. A extradição – enquanto meio legítimo de cooperação internacional na repressão às práticas de criminalidade comum – representa instrumento de significativa importância no combate eficaz ao terrorismo, que constitui ‘uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais (...)’ (Convenção Interamericana contra o terrorismo, art. 11) (...)”. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=03.08.2014>>.

³ A noção de “crime hediondo” envolve um conjunto de crimes que são aproximados em razão da maior gravidade de suas condutas e, portanto, da maior repulsa social que estas provocam. São, ou deveriam ser, condutas pautadas por formas repugnantes de execução ou mesmo pela importância do bem jurídico tutelado. A definição ou a indicação de seus critérios não foi dada pelo constituinte, que deixou tal tarefa para o legislador ordinário.

⁴ Para além da chamada criminalidade hedionda, cujo preenchimento do rótulo foi deixado ao alvedrio do legislador infraconstitucional, o constituinte fez referência ao terrorismo, ao tráfico ilícito de entorpecentes e à tortura. Não obstante, é curioso que o legislador constituinte tenha optado por inserir no mesmo dispositivo crimes que atentam contra bens jurídicos muito distintos. Com efeito, a inclusão no mesmo dispositivo deve ser lida como uma equiparação do grau de desvalor que o constituinte assume para tais figuras delituosas. Ao comentar este caminho adotado pelo constituinte, Mariângela Magalhães Gomes observa: “De maneira geral, pode-se dizer que a antecipação desta valoração político-criminal para a esfera constitucional se funda na experiência histórica do nosso Estado, o que inclui, também, projetos e objetivos aos quais este se propôs no momento em que foi criada a Carta Política. É que a tutela penal de alguns específicos bens reflete a sua nova ou a acrescida importância, assim como a previsão de que, no futuro, podem vir a ser objeto de agressões sempre mais graves e frequentes”. (Gomes: *As limitações*, 359). De qualquer modo, para além de um mandamento de criminalização, o constituinte indica o padrão punitivo que considera adequado e proporcional. Mais do que isto, indica ele, igualmente, um limite repressivo que não admite transposições. De qualquer modo, para todos os efeitos, o tráfico ilícito de entorpecentes, a tortura e o terrorismo não

anistia. Já a segunda previsão – art. 5º, XLIV –, muito embora não faça referência expressa ao terrorismo, faz alusão a condutas que podem estar a ele associadas. É sob essa perspectiva que a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático também é considerada um crime inafiançável e imprescritível.⁵

Se de um lado as previsões abrem as portas para uma matriz punitiva nacional mais severa para a criminalidade terrorista, por outro fixam parâmetros intransponíveis à ação repressiva estatal, que encontra naquela previsão os seus limites. Ou seja, a regulamentação por lei ordinária guarda, nas restrições aos direitos e garantias fundamentais assumidas pelo legislador constituinte, uma barreira intransponível. No entanto, por mais que a relação valorativo-hierárquica soe óbvia, não foi ela observada quando da regulamentação do art. 5º, XLIII da CF levada a efeito pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990).

Com efeito, em sua redação original a Lei 8.072/1990 avançou sobre o núcleo rígido dos direitos e das garantias fundamentais que não tinham sido tocados pelo legislador constituinte. Assim, além da proibição da fiança, o legislador ordinário vedou a concessão de liberdade provisória⁶ e de indulto, impondo, ainda, a execução integral da pena privativa de liberdade em regime fechado. Não demorou muito para que algumas vozes doutrinárias apregoassem a inconstitucionalidade de tais dispositivos.⁷ A jurisprudência,

são qualificados de hediondos, ainda que estejam sujeitos ao mesmo regime punitivo que estes. Daí a consagração da ideia de “crimes equiparados aos crimes hediondos”. Não são, a rigor, crimes hediondos, mas são a ele equiparados. Na prática, contudo, a questão não assume distinções.

⁵ Para Mariângela Magalhães Gomes, esta previsão, ao lado daquela relativa ao terrorismo e à tortura, procura prevenir o retorno aos períodos de exceção como os vividos durante o regime militar. Gomes, *As limitações*, 359).

⁶ É importante destacar que o instituto da fiança e da liberdade provisória, para a legislação brasileira, não se confundem, muito embora guardem nítida relação. A relativa independência entre a fiança e a liberdade provisória, que tinha sido consagrada quando da promulgação do Código de Processo Penal na década de quarenta do século passado foi, com o passar dos anos e por força de várias alterações legislativas, perdendo espaço e coerência. As diversas críticas feitas ao modelo adotado pela legislação brasileira no tratamento da liberdade provisória produziram profundas alterações no sistema as quais foram cristalizadas pela Lei 12.403/2011. Esta lei rompeu com a dualidade prisão/liberdade ao introduzir, no sistema brasileiro, diversas outras medidas cautelares pessoais diferentes da prisão. Assim, a liberdade provisória volta a representar o contraponto da prisão cautelar, podendo vir acompanhada da fiança ou de outra medida cautelar pessoal. Fica evidente, agora – o que já era evidente na redação original do Código de Processo Penal – que a inafiançabilidade não constitui impedimento à liberdade provisória, já que esta poderá ser concedida independentemente da fiança. De uma forma bastante simplificada seria possível dizer que a liberdade provisória constitui o gênero nela estando contida a fiança.

⁷ Os argumentos foram diversos. De um lado, o avanço do legislador infraconstitucional sobre os limites à repressão fixados pelo constituinte. De outro, pelo entendimento de que a proscricção da liberdade provisória equivaleria à imposição de uma prisão cautelar compulsória o que, portanto, feriria o princípio da presunção de inocência. Entre tantos, ver: Franco – Lira – Felix, *Crimes hediondos* e Leal, *Crimes hediondos*.

contudo, foi recalcitrante, vindo a proclamar a inconstitucionalidade dos dispositivos apenas recentemente.⁸ Foi em meio a este movimento que a lei foi alterada em uma tentativa de resgatar o seu alinhamento ao padrão constitucional.⁹ Agora, por força da nova redação, os crimes hediondos, a tortura, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça e indulto,¹⁰ e de concessão de fiança,¹¹ restando superada, dessa forma, a antiga proibição da concessão da liberdade provisória. Quanto ao cumprimento da pena privativa de liberdade, muito embora a nova redação imponha o cumprimento inicial em regime fechado, a progressão não mais é vedada, desde que cumpridos dois quintos da pena – no caso de condenado primário –, ou três quintos – no caso de condenado reincidente.¹²

Em 1989, antes da promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, introduziu-se no Brasil, por força da Lei 7.960, uma nova modalidade de prisão cautelar, denominada prisão temporária.¹³ Trata-se de custódia com prazo de duração determinado¹⁴ e cujo cabimento fica estrito à fase das investigações processuais. Nesse ponto, a Lei dos Crimes Hediondos ampliou o prazo de duração da prisão temporária para os crimes por ela tratados,¹⁵ passando a ser de trinta dias, prorrogáveis por igual período, uma vez demonstrada a urgência e a indispensabilidade da medida.¹⁶

⁸ Veja-se, a propósito, o julgamento do Habeas Corpus (HC) 82.959-7/SP, julgado pelo STF, em que se declarou a inconstitucionalidade da imposição do cumprimento do regime prisional integralmente fechado.

⁹ Conforme Lei 11.464/2007.

¹⁰ Conforme a nova redação dada ao art. 2º, I da Lei 8.072/1990.

¹¹ Conforme nova redação dada ao art. 2º, II da Lei 8.072/1990.

¹² Conforme redação dada ao art. 2º, § 1º e 2º da Lei 8.072/1990. No mais, a concessão de livramento condicional, que já tinha sido admitida na redação original, foi mantida. Assim, o benefício é possível desde que o condenado, não reincidente, tenha cumprido dois terços da pena. A bem da verdade, a Lei 8.072/1990 alterou parte do art. 83 do Código Penal, que trata do livramento condicional, para nele inserir o inciso V que, dessa forma, fixou um prazo diferenciado para a concessão do livramento condicional no caso de condenação por crime hediondo ou crimes equiparados.

¹³ A questão foi tratada pela Lei 7.960/89. Em realidade, a Lei 7.960/89 foi produto da conversão da Medida Provisória 111 em Lei. Foi justamente o vício de iniciativa – A Medida Provisória é ato de iniciativa do Executivo e não do Legislativo –, um dos vários argumentos utilizados para o questionamento da constitucionalidade da previsão da prisão temporária em nosso sistema. Invocou-se, assim, a violação do princípio da legalidade. A matéria penal, dentre a qual se insere a restrição da liberdade está sujeita à estrita obediência do princípio da legalidade. Nesse sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil acabou ajuizando ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 162-1/DF) que somente foi julgada em 1993. Naquela oportunidade, o STF acabou não conhecendo da ação por entender que a conversão da medida provisória em lei teria levado à perda do objeto da demanda.

¹⁴ Até cinco dias que podem ser prorrogáveis por até mais cinco dias.

¹⁵ Incluindo aqueles equiparados, como é o caso do terrorismo.

¹⁶ Na redação original a questão tinha sido tratada pelo art. 2º, § 3º. Com as alterações dadas pela Lei 11.464/2007, a matéria foi regulada, da mesma forma, pelo art. 2º, § 4º.

Outro ponto importante envolve a tipificação penal da lavagem de capitais concretizada pela Lei 9.613/1998. Pelo modelo inicialmente adotado, a existência do crime ficaria dependente da prática de algum crime antecedente, dentre aqueles taxativamente indicados pelo legislador.¹⁷ Dentre os crimes antecedentes fez-se referência expressa ao terrorismo.¹⁸ Ocorre que o modelo de *numerus clausus* foi abandonado pela Lei 12.683/2012. Assim, pelo sistema atual, a ocultação ou a dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer infração estão subsumidas ao tipo penal dado pelo art. 1º, caput da Lei de Lavagem de Capitais, sujeitando-se os agentes à pena variável de 3 (três) a 10 (dez) anos, além da multa.¹⁹

Por fim, porém não menos importante, há que se fazer referência à Lei 12.850/2013, que definiu, para fins penais, a chamada organização criminosa, dispondo, ainda sobre a investigação, sobre os meios de obtenção de prova²⁰ e sobre o procedimento criminal a ser observado quando a persecução penal envolver tal prática. Trata-se de uma nova regulamentação sobre o tema, já que a antiga Lei 9.034/1995 muita polêmica causou justamente porque não continha uma definição legal para a chamada organização

¹⁷ Os quais eram: tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins, terrorismo, contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante sequestro, contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro nacional, praticado por organização criminosa. A Lei 10.467/2002 veio a incluir, ainda, o crime praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

¹⁸ Em sua redação original no art. 1º, II. Em 2003, a Lei de Lavagem de Capitais foi alterada pela Lei 10.701 que deu uma nova redação ao inciso II para incluir, ao lado do terrorismo, o seu financiamento.

¹⁹ Pela nova lei, há crime de lavagem sempre que alguém ocultar, dissimular a natureza, a origem, localização, a disposição e a movimentação da propriedade de bens, direitos ou valores, provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal (art. 1º, caput). Há inúmeras outras disposições que podem ser lembradas. A competência para o processamento da ação penal, por exemplo, é do juízo comum e da Justiça Federal quando os crimes forem praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 2º, III, a), ou mesmo quando o crime antecedente for de competência da Justiça Federal (art. 2º, III, b). Com relação à cooperação internacional, prevê-se a possibilidade de decretação de medidas assecuratórias sobre os bens, direitos ou valores, desde que solicitada por autoridade estrangeira, fundado o pleito em tratado ou convenção internacional (art. 8º, caput). Na ausência de tratado, o legislador, desde logo, abre espaço para a medida assecuratória, desde que prometida a reciprocidade pelo país solicitante (art. 8º, § 1º).

²⁰ A Lei estabelece dispositivos específicos relativos à investigação e à obtenção dos meios de prova, os quais supõe um nível maior de restrição dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade. Dentre estes, destacam-se: a colaboração premiada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a ação controlada, a infiltração de policiais e a cooperação entre os diversos órgãos ou instituições nas diferentes esferas de governo. É importante lembrar que o sistema processual brasileiro já previa outros meios de obtenção de prova, os quais foram repetidos na Lei 12.850/2013. É o caso da interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas, do acesso ao registro de ligações telefônicas e telemáticas, dos dados cadastrais constantes de dados de bancos públicos ou privados e a informações eleitorais e comerciais e da quebra de sigilo financeiro, bancário e fiscal.

criminosa.²¹ Para a nova lei, a organização criminosa supõe a associação de pelo menos quatro pessoas que, de maneira ordenada e estruturada, procura obter vantagens de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas cominadas sejam superiores a quatro anos.²²

Sem embargo, o aspecto mais importante, para os fins do presente estudo, é que a aplicação da Lei 12.850/2013 foi estendida às “organizações terroristas internacionais”, reconhecidas “segundo as normas de direito internacional”, desde que os atos de suporte ao terrorismo, ou mesmo de preparação ou “de execução de atos terroristas”, ocorram, ou possam ocorrer, no Brasil.²³ Se de um lado a referência às organizações terroristas internacionais concretiza o princípio constitucional de repúdio do Estado brasileiro ao terrorismo na condução de suas relações internacionais,²⁴ por outro, faz ela concessões

²¹ A falta de uma definição legal precisa sobre organização criminosa provocou intensos debates na doutrina e também na jurisprudência acerca da possibilidade de complementação de tal conceito por fontes internacionais, mais especificamente, pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Internacional, mais conhecida por Convenção de Palermo. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em várias decisões, considerou que a Convenção tinha sido “internalizada” no direito em face do Decreto n. 5.015 de 12 de março de 2004, que promulgou o Decreto Legislativo 231, de 29 de maio de 2003. A partir de tais premissas, o STJ, tomou o conceito de organização criminosa dado por aquele documento internacional para fixar o campo de incidência da Lei 9.034/1995. Dentre os julgados, citam-se: APn 460-RO; HC 77771-SP; HC 63716-SP e HC 138058/RJ. O próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a Recomendação 6/2006, orientando os diferentes Tribunais do país, quando da implementação de Varas Especializadas em crimes praticados por organizações criminosas, que adotassem o conceito de organização criminosa dado pela Convenção de Palermo. A problemática assumiu proporções ainda maiores com a edição da Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98) que, dentre os crimes antecedentes, passíveis de terem os proventos sujeitos à ocultação ou à dissimulação da origem, fez referência à organização criminosa. No campo doutrinário, sempre houve muita resistência à incorporação da fonte internacional para a complementação interna do conceito de organização criminosa (entre todos, ver: Estellita, *Criminalidade de empresa...*). No Supremo Tribunal Federal (STF), recente decisão reconheceu a impossibilidade de complementação, pela Convenção de Palermo, do conceito jurídico penal de organização criminosa. Com efeito, pelo HC 96.007/SP, foi determinado o trancamento de ação penal que tinha sido proposta por crime de lavagem de capitais em que o crime antecedente apontado foi a organização criminosa. O Ministro Marco Aurélio entendeu que somente a lei penal sujeita ao processo legislativo interno seria apta a produzir todos os efeitos penais e que, portanto, a Convenção de Palermo não poderia substituir atividade exclusiva do legislador nacional.

²² Conforme art. 1º, § 1º. A referência ao parâmetro dos quatro anos pode ser explicada à luz do princípio da proporcionalidade. É que pelo sistema brasileiro, uma condenação à pena privativa de liberdade de até quatro anos, admite – desde que preenchidos outros requisitos – a substituição da pena privativa por penas restritivas de direitos. Reconhece-se, portanto, uma menor lesividade de tais condutas as quais se mostram compatíveis, com um regime punitivo menos severo. Assim, o legislador procurou deixar à margem da Lei 12.850/2013, que prevê maiores restrições aos direitos e garantias individuais na investigação das organizações criminosas, os eventuais vínculos associativos para a prática de crimes de menor gravidade.

²³ Conforme art. 1º, § 2º, II.

²⁴ Tome-se, uma vez mais, o art. 4º, VIII da CF.

a uma maior volatilidade da normativa internacional. É que a referência genérica às normas de direito internacional acaba por conduzir a um espaço relativamente amplo de fontes do direito, entre as quais se insere o costume internacional.²⁵

Quanto ao financiamento do terrorismo, a questão somente é tratada de forma transversa pela legislação brasileira, ou seja, pela criminalização da organização criminosa. Isso porque a Lei 12.850/2013 (art. 2º, *caput*) pune a conduta daquele que promove, constitui, financia ou integra, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.²⁶ Como se verá, a falta de um tipo penal próprio para o terrorismo na legislação nacional esvazia a aplicação do dispositivo. No entanto, caso se admitam como suficientes as referências feitas às “organizações terroristas internacionais”, poder-se-ia chegar ao paradoxo da punição do financiamento de uma organização criminosa estruturada para a prática de terrorismo, mas não daquela de caráter nacional.

De qualquer modo, todos os aspectos relacionados com o padrão punitivo e persecutório mais rigoroso que orbita em torno da criminalidade terrorista esbarram em um problema que é antecedente. Há na legislação brasileira um tipo penal para o terrorismo? Não se trata de pergunta irrelevante. Afinal, para considerável parcela da doutrina o sistema brasileiro não contém uma formulação penal típica para tal criminalidade, de modo que a energia despendida nos últimos anos para a delimitação de um padrão punitivo mais rigoroso teria sido inócua.²⁷

²⁵ Até mesmo porque sabidamente inexistente, até o momento, um conceito convencional da criminalidade terrorista.

²⁶ Com pena de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão e multa, sem prejuízo das penas pelos crimes praticados. Os parágrafos do mesmo artigo preveem, ainda, formas equiparadas e causas de aumento. Assim, nas mesmas penas incorre quem impede ou de qualquer forma embarça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa (art. 2º, § 1º). Já a pena é aumentada até a metade, quando, na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º) e será aumentada de 1/6 a 2/3, se houver participação de criança ou adolescente (art. 2º, § 4º, I), se houver concurso de funcionário público (art. 2º, § 4º, II), se o produto ou provento da infração destinar-se, total ou parcialmente, ao exterior (art. 2º, § 4º, III), se a organização mantiver contato com outras organizações criminosas no exterior (art. 2º, § 4º, IV) e, por fim, se houver evidências da transnacionalidade da infração (art. 2º, § 4º, V).

²⁷ Nesse sentido, bastante eloquente a lição de Franco, Lira e Felix: “A falta de um tipo penal que atenda à denominação especial de ‘terrorismo’ e que, em vez de uma pura ‘cláusula geral’, exponha os elementos definidores que se abrigam nesse conceito, torna inócua, sob o enfoque de tal crime, a regra do art. 2º, da Lei 8.072/90” (Franco – Lira – Felix, *Crimes*, 185). No mesmo sentido, é a opinião de Gilberto Pereira de Oliveira (Oliveira, *RDJTJDF*, 35-66). Ver ainda: Damásio de Jesus, *Crime hediondo*, 17; Monteiro, *Crimes Hediondos*; Woloszyn, *Folha de São Paulo*; Prado – Carvalho, *Revista dos Tribunais*, 421-447; Haddad, *AJUF*, 63-98.

3. A criminalização do terrorismo e o direito brasileiro

3.1. Considerações iniciais

Não há na legislação brasileira um tipo penal com o *nomen iuris* de terrorismo. É certo, contudo, que a ausência, por si só, de uma denominação não é pretexto para conclusões prematuras.²⁸ Afinal, há diversos outros casos em que a falta de uma denominação não fixa dúvidas quanto ao crime tratado. O exemplo mais eloquente é dado pelo tráfico ilícito de entorpecentes que, note-se, assim como o terrorismo, também é equiparado aos delitos hediondos.²⁹

Mas é evidente que a existência de uma denominação minimizaria as dúvidas, já que seria um claro indicativo para operador do direito. No entanto, é possível que a omissão tenha sido produto de uma estratégia consciente de um legislador receoso do confronto com os discursos políticos. É que no caso do terrorismo as discussões são invariavelmente inflamadas por argumentos ideologizados diante dos temores de que a tipificação penal leve à criminalização do direito legítimo à resistência ou, em casos mais extremos, que conduza ao cerceamento do exercício pleno do direito da liberdade de expressão. Em certa medida os receios não são exagerados, já que a história do fenômeno terrorista se relaciona, em grande parte, com os movimentos de reação e de libertação exercidos por povos e grupos oprimidos.³⁰

No caso brasileiro esta resistência, por assim dizer, ao uso da expressão “terrorismo” foi rompida pela atual ordem constitucional que, como se sabe, muito longe está de qualquer padrão autoritário. Ao contrário, é reconhecidamente libertária e consagradora dos direitos e das garantias fundamentais. Ocorre que este espírito liberal não impediu a fixação de mandamentos de criminalização. Com efeito, a referência feita ao terrorismo, a sua equiparação aos crimes hediondos e a indicação de um regime punitivo mais severo são indicativos daquela mensagem. Apenas na aparência os valores – liberdade e repressão – estariam em confronto. Na verdade, o que se espera é um equacionamento equilibrado dos potenciais conflitos por parte do legislador ordinário.

²⁸ Fernandes, *Terrorismo*, 407. Aliás, Scarance Fernandes lembra que a eventual retirada da referência ao título “homicídio” no artigo 121 do CP, não poderia levar à conclusão de que o legislador penal não teria tipificado o crime de homicídio, até mesmo porque restaria tipificada a conduta “matar alguém”.

²⁹ Tipificado pelo art. 33, caput da Lei 11.343/2006.

³⁰ Para um estudo mais detido sobre a história do terrorismo, ver: Larens, *Le terrorisme*, 66.

Outra referência feita ao terrorismo é encontrada pela Lei 10.774/2003. Não tem ela, contudo, aplicabilidade no âmbito penal. Isso porque tratou da responsabilidade civil da União no caso de atentados terroristas e atos de guerra contra aeronaves operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo. De qualquer modo, a lei peca na definição dos “atos terroristas”, optando por um modelo demasiadamente evasivo. Nesses termos se mostra imprestável para servir de base para o marco da legalidade penal que, como se sabe, deve guardar um núcleo claro de sua abrangência.³¹

É em meio a esse contexto de poucas referências ao terrorismo e de ausência absoluta de um tipo penal antecedido por tal titulação, que a atenção da doutrina tem se voltado para a análise do art. 20 da Lei 7.170/1983, mais conhecida como Lei de Segurança Nacional. Isso se explica pela inclusão, naquele dispositivo, da expressão “atos de terrorismo”. É o que revela a redação do tipo penal:

Art. 20. Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal *ou atos de terrorismo*, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. (grifo nosso)

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

Há, é certo, autores que chamam a atenção para outros tipos penais previstos pela mesma lei como exemplos igualmente claros de punição de atos terroristas.³² E, realmente, outras condutas puníveis poderiam ser citadas. Tome-se como exemplo o art. 17, que tipifica a tentativa de mudança, com emprego de violência ou grave ameaça, da ordem, do regime vigente ou do Estado de Direito.³³ Ou ainda o art.19, que tipifica o apoderamento ou o exercício do controle de aeronave, embarcação ou veículo de transporte coletivo, com emprego de violência ou grave ameaça à tripulação ou a passageiros.³⁴ De

³¹ Conforme art. 1º, § 4º, os atos terroristas são “qualquer ato de uma ou mais pessoas, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas”.

³² Mirabete, por exemplo, chama a atenção para os crimes previstos pelos arts. 15, 17, 18, 19, 27, 28 e 29 da Lei 7.170/1983 (Mirabete, *Revista dos Tribunais*, p. 271). José Sampaio, por sua vez, reconhece que vários tipos penais se aproximam dos tipos de terrorismo previstos em ordenamentos estrangeiros. E, nesse sentido, faz referência aos arts. 15, 16, 17, 18, 20 e 22 (Sampaio, *Constituição*, 2003, p. 151-170).

³³ Com pena prevista de 2 a 6 anos de reclusão.

³⁴ Com pena prevista de 2 a 10 anos de reclusão.

qualquer modo, em face da ausência de consenso e considerando as múltiplas questões que emergem do próprio art. 20 da Lei 7.170/1983, a análise desenvolvida por este trabalho ficará circunscrita a este tipo penal.

3.2. A lógica da segurança nacional. Breve análise histórica

A referência à segurança nacional não é privilégio exclusivo da Lei 7.170/1983.³⁵ Ao contrário, a expressão foi referida por algumas constituições³⁶ e, também, por algumas leis infraconstitucionais.³⁷ Na verdade, o sentido e o alcance da expressão é que

³⁵ Um exame histórico comparativo acerca do tratamento jurídico dado ao terrorismo, às possíveis condutas criminosas que pudessem se submeter a tal rótulo e, também, aos diferentes tratamentos que foram dados pelas diferentes leis a respeito da segurança nacional pode ser obtido em: Guimarães, *Tratamento*.

³⁶ A Constituição Imperial de 1824, por exemplo, não fez referência ao terrorismo ou mesmo à ideia de segurança nacional. Já a Constituição Republicana de 1891 fez alusão à “segurança da república”, prevendo a possibilidade de declaração de estado de sítio em razão de agressão estrangeira ou comoção interna (art. 80 das Disposições Gerais). A Constituição de 1934 fez uso da expressão “segurança nacional” em seu título vi. Porém, são encontrados ali vários dispositivos relacionados ao funcionamento das Forças Armadas e ao estado de guerra. A Constituição de 1937, que ratificou a ditadura Vargas e consolidou o chamado “Estado Novo”, admitiu, no próprio contexto dos direitos e garantias fundamentais (art. 122, inciso 13), a pena de morte para diversas condutas, a saber: a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania do Estado estrangeiro; b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; c) tentar, por meio de movimento armado, o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra; d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; e) tentar subverter, por meios violentos, a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para estabelecimento da ditadura de uma classe social; f) homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade. A análise de tais condutas revela a preocupação própria do regime que se instalou naquele período com a possibilidade de instalação de um regime comunista, a que o legislador constituinte refere como “ditadura de classe social”. Veio daí o mandamento de criminalização de todos os atos violentos à “ordem política ou social”. Em realidade, tais crimes já tinham sido tipificados, dois anos antes, pela Lei 38/1935. A mesma Constituição fixou no art. 122, inciso 17 a competência de um “tribunal especial” para o julgamento dos crimes que atentassem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado. A Constituição de 1946, marcadamente democrática, em seu art. 207, fez alusão aos crimes contra a segurança da Nação, ao dispor sobre a lei que decretasse o estado de sítio, no caso de guerra externa ou de comoção intestina grave com caráter de guerra civil. Em realidade, dispôs que tais crimes ficassem sujeitos à jurisdição e à legislação militar, ainda quando cometidos por civis. Já a Constituição de 1967, sob a égide do regime militar dispôs, em seção própria, porém em termos gerais, sobre a segurança nacional (Seção V, arts. 86 a 89).

³⁷ Como mencionado, a Constituição Imperial não tratou do terrorismo ou da chamada segurança nacional. Porém, o Código Criminal do Império (1830), refletindo a cultura centralizadora e autoritária do poder político da época, inaugurou a parte especial, dispondo justamente sobre os crimes contra a independência, a integridade e a dignidade da nação, inserindo-os no Título i, dos crimes contra a existência política do Império. O Código Penal Republicano (1890) também não fez referência ao terrorismo. Mas, seguindo a lógica do Código anterior, também abriu a parte especial (Livro II), tratando dos crimes contra a existência da República (Título i). Para maiores estudos a respeito de tais dispositivos, ver: Faria: *Anotações*, Vol. II. Ainda no contexto da ordem constitucional de 1890, foi promulgado o

sofreram alterações ao sabor dos ventos autoritários e democráticos que permearam a história do Brasil. Aliás, o sentido da expressão que acabou por alimentar a lei que atualmente se encontra em vigor, embora consagrado pelo regime militar,³⁸ foi construído ao longo dos anos cinquenta do século passado. Refletiu uma visão da prevalência dos interesses coletivos sobre as garantias individuais, sempre que evidenciado o risco à chamada segurança nacional.

O Decreto-lei 314 de 13.03.1967, por exemplo, ao definir os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social – substituindo, assim, a legislação que datava dos anos cinquenta –,³⁹ trouxe definições razoavelmente elásticas para a segurança nacional,

Decreto 4.269/1921 que tinha por objetivo regular a repressão ao movimento anarquista. Das várias disposições, duas merecem uma atenção um pouco mais cuidadosa diante da previsão de atos que poderiam, em uma leitura mais atual, se assemelham a algumas práticas terroristas. Com efeito, o art. 4º, previa: “Fazer explodir em edifícios públicos ou particulares, nas vias públicas ou logares franqueados ao público, bombas de dynamite ou de outros explosivos iguaes, ou semelhantes em seus efeitos aos da dynamite. Pena: prisão cellular por um a quatro anos”. Já o art. 5º do mesmo Decreto previa: “Colocar, nos logares indicados no artigo anterior, bombas de dynamite ou de outros explosivos iguais ou semelhantes em seus efeitos aos da dynamite: Prisão cellular por seis meses a dois anos”. Em 1935, em pleno regime do Estado Novo, foi promulgada a Lei 38 que definiu os crimes contra a ordem política e social. Por ordem política, entendeu-se (art. 22, § 1º) aquela que resulta da independência, soberania e integridade territorial da União, bem como da organização e atividade dos poderes políticos estabelecidos. Já por ordem social, entendeu-se (art. 22, § 2º), aquela estabelecida pela Constituição e pelas leis relativamente aos direitos e garantias individuais e sua proteção civil e penal, ao regime jurídico da propriedade, da família e do trabalho, à organização e funcionamento dos serviços públicos. Dos diversos dispositivos penais, previstos pela Lei 38, merece ser destacado o art. 17 que dispunha: “Incitar ou preparar atentado contra pessoa ou bens, por motivos doutrinários, políticos ou religiosos. Pena: de 1 a 3 annos de prisão cellular; § único. Se o atentado se verificar, a pena será a do crime incitado ou preparado”. A Lei 38/1935 foi revogada pela Lei 1802/1953 que também dispôs sobre os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social. Desta lei ao menos três artigos chamam a atenção. O primeiro deles, previsto pelo art. 2º, inciso IV punia a tentativa de subversão, por meios violentos da ordem política ou social, com o objetivo de estabelecer a ditadura de classe social, de grupo ou de indivíduo, fixando a pena de reclusão de 5 a 12 anos aos “cabeças” e de 3 a 5 anos para os demais agentes. O art. 4º, inciso II da mesma Lei fez uso da expressão “suscitar o terror” no seguinte contexto: “Praticar (...) inciso II – devastação, saque, incêndio, depredação, desordem de modo a causar danos materiais ou a suscitar o terror, com o fim de atentar contra a segurança do Estado. Pena; reclusão de 3 a 8 anos aos cabeças e de 2 a 6 anos aos demais agentes”. E, por fim, o art. 15 tipificava a seguinte conduta: “Incitar publicamente ou preparar atentado contra pessoa ou bens, por motivos políticos, sociais ou religiosos. Pena: reclusão de 1 a 3 anos ou a pena cominada ao crime incitado ou preparado, se este se consumir”.

³⁸ Para alguns, o então General Golbery do Couto e Silva, importante figura durante o regime militar, foi um dos artífices da construção do conceito de segurança nacional que acabou norteando não só a ação dos militares durante as duas décadas em que exerceram o poder, como também, as próprias Leis que foram promulgadas durante aquele período. Para tanto, ver: Pieranti – Cardoso – Silva, *RAP*, 29-48. Segundo o próprio Golbery, a preservação da segurança nacional implicava destruição das possíveis ameaças à rotina da sociedade, ao funcionamento do Estado e à vida dos governantes. A segurança nacional estaria, dado seu caráter coletivo, acima de direitos individuais e comportamentos privados, passíveis de supressão quando necessários. Nesse sentido, ver: Silva, *Planejamento*, 22-23.

³⁹ Ver nota 35, supra.

compreendendo, assim, as medidas “destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva”.⁴⁰ A “segurança interna”, por sua vez, envolvia as “ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no âmbito interno do país”.⁴¹ Já a chamada “guerra revolucionária” compreendia o “conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia ou auxiliado do exterior que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação”.⁴²

A toda evidência, estavam tais dispositivos permeados pela ideologia autoritária que se instaurou a partir do golpe civil/militar de 1964 e que tinha por claro objetivo sacramentar o regime político idealizado pelos militares, manifestado pelo combate à propagação do comunismo. Dos tipos penais, dois merecem destaque. O primeiro (art. 10) previa o crime de sabotagem de instalações militares, navios ou aviões, bem como dos meios de comunicação e das vias de transporte.⁴³ Já o segundo (art. 25), sem dúvida, constitui o antecedente histórico mais evidente do art. 20 da Lei 7.170/1983, atualmente em vigor.⁴⁴

Já sob a égide do Ato Institucional n. 5,⁴⁵ a redação de tal artigo foi alterada por força do Decreto-lei 510/1969, o qual incluiu, entre os possíveis alvos das condutas ilícitas, os ataques a estabelecimentos de crédito ou financiamento.⁴⁶ Ainda no mesmo ano de

⁴⁰ Conforme redação do art. 3º, caput.

⁴¹ Conforme redação do art. 3º, § 1º.

⁴² Conforme redação do art. 3º, § 3º.

⁴³ Com pena de reclusão de 4 a 12 anos.

⁴⁴ Com a seguinte redação: “Art. 25. Praticar massacre, devastação, saque, roubo, sequestro, incêndio ou depredação, atentado pessoal, ato de sabotagem ou terrorismo; impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais administrados pelo Estado ou mediante concessão ou autorização:

Pena - reclusão, de 2 a 6 anos.

Parágrafo único. É punível a tentativa, inclusive os atos preparatórios, como delitos autônomos, sempre com redução da terça parte da pena”.

⁴⁵ Os chamados Atos Institucionais foram instrumentos jurídicos amplamente utilizados pelo regime militar como forma de conferir legitimidade jurídica à chamada “revolução”. Assim, o caráter “revolucionário” do movimento apreçoado pelos militares seria a expressão de um poder constituinte originário, tal como a vontade popular. Como observa Paulo Bonavides: “a chamada Revolução de 1964, do ponto de vista da legitimidade revolucionária do poder constituinte, se acha inteiramente contida no Ato Institucional de 9 de abril daquele ano, feito para vigorar até 31 de janeiro de 1966, quando um novo presidente deveria assumir. Como poder constituinte originário, o movimento se consubstanciou naquele Ato, emanado de uma vontade soberana, oriunda da situação de fato, que as normas insurretas produziram no país. Bonavides, *Curso*, 165-166.

⁴⁶ Conforme lembra Marcello Guimarães, por certo, a alteração teve por objetivo coibir e reprimir os atentados à bomba aos bancos e que se proliferaram durante a chamada “resistência”. Guimarães, *Tratamento*, 84.

1969 foi editado o Decreto-lei 898, o qual expressou o ponto máximo do enrijecimento do regime de exceção. Ainda que em linhas gerais tenham sido mantidas as condutas penais típicas do então art. 25, as penas foram sensivelmente exasperadas, fixando-se, ainda, a pena de prisão perpétua, em grau mínimo, e pena de morte, em grau máximo, no caso do resultado morte.⁴⁷

Ainda no contexto áureo da repressão político militar, foi editado o Decreto-lei 975. Embora não se tenha feito por ele referência a atos terroristas ou expressões equivalentes, ali foram criminalizadas as condutas de contrabando e de transporte de terroristas e subversivos por meio de aeronaves (art. 1º, II), fixando-se, inclusive, penas excessivamente altas e que variavam de 08 a 20 anos de reclusão.

Tais diplomas foram finalmente substituídos pela Lei 6.620/1978, o antecedente mais próximo da atual Lei de Segurança Nacional. O contexto político era ainda o de vigência do regime militar que ainda não tinha iniciado o processo de inflexão gradual.⁴⁸ O seu art. 26 repetiu, praticamente, as mesmas condutas que tinham sido referidas pelo Decreto 898/1969, acrescentando-se, contudo, a finalidade especial de agir do sujeito ativo, qual seja, o atentado à segurança nacional. As penas, por sua vez, passaram a ser de 2 a 12 anos e, no caso de lesão corporal grave ou morte, de 08 a 30 anos de reclusão.⁴⁹

É evidente, portanto, que a atual redação do art. 20 da Lei 7.170/1983 se alimentou do movimento de tipificação que se iniciou ainda durante o regime militar e, especialmente, durante o seu período mais repressivo. Há, portanto, um objetivo muito claro que informou o legislador naquele contexto, qual seja: o de vincular a preservação da segurança nacional ao resguardo de uma ordem político-econômica e social projetada pelos próprios militares após o golpe. Sem dúvida, esta vinculação traz uma carga

⁴⁷ Conforme se depreende de sua redação: "Art. 28. Devastar, saquear, assaltar, roubar, sequestrar, incendiar, depre-
dar ou praticar atentado pessoal, ato de massacre, sabotagem ou terrorismo:

Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo".

⁴⁸ O processo de abertura e de redemocratização do país foi conduzido ao sabor do ritmo dos próprios militares e qualificado como uma abertura "lenta, gradual e segura". Para tanto, ver: Zilli – Moura – Monteconrado, *Relatório*, 171-199.

⁴⁹ Conforme ilustra a redação do dispositivo: "Art. 26 - Devastar, saquear, assaltar, roubar, sequestrar, incendiar, depre-
dar ou praticar atentado pessoal, sabotagem ou terrorismo, com finalidades atentatórias à Segurança Nacional.

Pena: reclusão, de 2 a 12 anos.

Parágrafo único - Se, da prática do ato, resultar lesão corporal grave ou morte.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos".

ideológica à tipificação penal, a qual, por sua vez, traz especiais dificuldades para o distanciamento do intérprete. De fato, a associação entre a segurança nacional e os movimentos reacionários se torna, de certo modo, intuitiva, permeando a análise de fatores outros que não os exclusivamente técnico-jurídicos.

O movimento histórico revela ainda a clara dificuldade do legislador em precisar e delimitar o sentido e o alcance da norma, especialmente no aspecto de vinculação ao terrorismo. As fórmulas adotadas não superaram as dificuldades advindas das referências genéricas e vazias, o que suscita graves problemas associados à legalidade penal. É, pois, nesse momento que algumas questões fundamentais se apresentam: a Lei 7.170/1983 foi recepcionada pela nova ordem constitucional? O tipo penal previsto pelo art. 20 da Lei 7.170/1983 incrimina o terrorismo?

3.3. Hamlet entre nós: a Lei 7.170/1983 foi recepcionada pela nova ordem constitucional?

A relevância da questão se coloca por força, fundamentalmente, do julgamento da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental 130 (ADPF),⁵⁰ ocasião na qual o STF, por maioria, decidiu que a Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) não tinha sido recepcionada pela Constituição de 1988. Várias foram as razões daquela decisão. Mas, foi o reconhecimento da motivação e do caráter autoritários da lei regulatória da imprensa, promulgada durante o regime militar, a principal razão. Entendeu-se, assim, que o objetivo da lei era o de coibir a plena realização da liberdade de expressão e, com isto, sacralizar um projeto de poder com forte matiz político-ideológico. Daí o reconhecimento da impossibilidade de uma interpretação “fatiada” dos dispositivos da Lei de Imprensa, afirmando-se, assim, a sua total incompatibilidade com a nova ordem constitucional.⁵¹

⁵⁰ A arguição de descumprimento de preceito constitucional pode ser feita por meio de ação constitucional sumária ou de forma incidental. Prevista originalmente, no § único do art. 102, da CF, convertido, posteriormente, em § primeiro, foi regulada pela Lei 9.882 de 3.12.1999. O objetivo é o de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato de Poder Público. Pode, ainda, ter uma função interpretativa de preceito constitucional fundamental. Nesse sentido, ver: Barroso: *O controle*, 304-348 e Nery Junior: *Constituição*, p. 1178-1193.

⁵¹ O ponto mais ilustrativo de tal posicionamento pode ser extraído do seguinte trecho do voto do Ministro Carlos Britto: “66. A atual Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num prolongado período autoritário da nossa história de Estado soberano, conhecido como ‘anos de chumbo’ ou ‘regime de exceção’ (período que vai de 31 de março de 1964 a princípios do ano 1985). Regime de exceção escancarada ou vistosamente inconciliável com os arejados cô-

A atual Lei de Segurança Nacional também foi promulgada durante o regime militar, porém quando este já se encontrava em seus momentos derradeiros. Sem dúvida, há dispositivos cuja constitucionalidade é questionada. É o caso, entre outros, da regra que afirma a competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes ali previstos (art. 30),⁵² da tipificação e da qualificação dos crimes contra a honra do Presidente da República como crime contra a segurança nacional (art. 26)⁵³ e, também, da inserção da facilitação culposa de importação e introdução de material militar privativo das Forças Armadas no território nacional na categoria dos atentados contra a segurança nacional (art. 14).⁵⁴

O fato é que a vinculação da Lei de Segurança Nacional ao regime de exceção não pode servir de fundamento exclusivo para a afirmação de sua incompatibilidade com o modelo constitucional democrático que se cristalizou com a Constituição de 1988. Nesse ponto, a Nova Parte Geral do Código Penal (Lei n. 7209/1984) também é um produto daqueles tempos. E com relação a ela jamais foi arguida a inconstitucionalidade.⁵⁵

modos da democracia afinal resgatada e orgulhosamente proclamada na Constituição de 1988. E tal impossibilidade de conciliação, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical, destarte), contamina toda a Lei de Imprensa: I – quanto ao seu ardiloso ou subliminar entrelace de comandos, a serviço da lógica matreira de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; II – quanto ao seu *spiritus rectus* ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder. Projeto de poder que, só para ficar no seu viés político-ideológico, imprimia forte contratura em todo o pensamento crítico e remetia às calendas gregas a devolução do governo civil” (ADPF, 130-DF, STF, julgamento de 30.04.2009).

⁵² Com a seguinte redação: “Art. 30. Compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes previstos nesta Lei, com observância das normas estabelecidas no Código de Processo Penal Militar, no que não colidirem com disposição desta Lei, ressalvada a competência originária do Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos na Constituição”. Em realidade, as ressalvas quanto à fixação da competência da Justiça Militar vão ao encontro de jurisprudência da própria Corte IDH, segundo a qual o exercício da jurisdição daquela Justiça não pode alcançar os civis. Veja-se, a propósito, o caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú* (2004).

⁵³ Assim redigido: “Art. 26. Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”. A questão aqui toca, fundamentalmente, a violação do princípio da proporcionalidade, já que por demais excessiva a vinculação entre o crime contra a honra e os riscos à segurança nacional.

⁵⁴ Com a seguinte redação: “Art. 14. Facilitar, culposamente, a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 e seus parágrafos. Pena – detenção de 1 (um) a 5 (cinco) anos. Aqui a problemática também toca o respeito ao princípio da proporcionalidade. Afinal, as condutas culposas envolvem uma inobservância do dever de cuidado merecendo, sempre, um tratamento jurídico punitivo mais brando. Difícil, portanto, vislumbrar um atentado à segurança nacional resultante de uma conduta meramente culposa.

⁵⁵ Em realidade, alguns dispositivos da Nova Parte Geral do Código Penal foram submetidos, ao longo dos anos, a leituras constitucionais que, posteriormente, foram acolhidas pelo legislador em reformas legislativas.

Ao contrário, ainda é reputada como um modelo bastante equilibrado de um padrão jurídico punitivo.

A questão fundamental, a bem da verdade, repousa na compreensão do sentido que se queira emprestar à ideia de segurança nacional e, principalmente, na possibilidade de se reconhecer aqui um bem jurídico digno de tutela penal. A noção de segurança nacional não está circunscrita aos Estados autoritários, muito embora estes tenham explorado, demasiadamente, o conceito para legitimar as perseguições políticas. O fato é que o uso autoritário da expressão acabou emprestando-lhe uma carga valorativa negativa que é muito difícil de romper. Em realidade, o problema reside na estrutura fundante do Estado e não no valor em si.⁵⁶

De qualquer modo, a expressão segurança nacional é, por si só, vazia e, dessa forma, sujeita a relativizações e subjetivismos incompatíveis com as restrições próprias da legalidade penal. Ocorre que a Lei de Segurança Nacional buscou limitar o seu campo de incidência ao especificar os bens jurídicos alvo de sua tutela. Daí a referência (art. 1º, incisos I e II) à proteção da integridade territorial, da soberania nacional, do regime representativo e democrático, da Federação e do Estado de Direito. São, portanto, bens que devem servir de norte exegético e limitador para os procedimentos de adequação penal típica.

Outro exemplo revelador de uma intenção restritiva da parte do legislador é dado pelo art. 2º que especifica os critérios a serem observados na solução dos problemas emergentes do conflito aparentes de normas entre os dispositivos da Lei de Segurança Nacional e da legislação penal comum e/ou militar. Nesses casos, a incidência dos tipos penais da Lei de Segurança Nacional ficaria dependente da configuração de uma especial finalidade de agir e da lesão real ou potencial aos seus bens jurídicos.⁵⁷

Assim, uma interpretação restritiva, além de ser consentânea com os princípios vetores do Direito Penal, atua como expediente útil para adequar eventuais arestas da Lei de Segurança Nacional. Extirpam-se, assim, os dispositivos que, flagrantemente, violem a ordem constitucional, mantendo-se aqueles outros que com esta dialoguem. Evita-se, dessa forma, o expediente radical – e sempre traumático – de desconsideração total da

⁵⁶ É interessante notar que leis editadas em pleno período de vigor democrático não descartaram totalmente a ideia, ainda que tenham se valido de uma roupagem ligeiramente diferente. É o caso da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) que, ao definir a informação sigilosa, qualificou-a como aquela submetida à restrição de acesso público em virtude de sua "imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado (art. 4º, inciso III).

⁵⁷ Os critérios são fixados em dois incisos. A premissa aqui adotada é a da aplicação restritiva da Lei de Segurança Nacional, de modo que a interpretação proposta não é a da alternatividade, mas a da cumulatividade dos requisitos.

Lei. É interessante notar que tal raciocínio já tinha sido proposto por Heleno Claudio Fragoso ainda no contexto da Lei 6.620/1978, que, como se sabe, adotava um modelo punitivo ainda mais violento do que a atual Lei de Segurança Nacional. Para o autor, a problemática poderia ser resolvida com uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional que delimitasse o âmbito de sua incidência, a qual ficaria restrita, exclusivamente, para as situações evidenciadoras do perigo à segurança do Estado.⁵⁸

Sob essa perspectiva, não parece razoável a afirmação extrema que conduza ao rechaço total da Lei de Segurança Nacional, ainda que alguns de seus dispositivos reflitam concepções autoritárias. Sem dúvida, a alteração do modelo legal é conveniente, senão emergencial. No entanto, a conveniência não se confunde com a constitucionalidade; tampouco esta com aquela. Por outro lado, a segurança nacional, quando relacionada com a integridade do território nacional, com a soberania, com o regime representativo e democrático e com a Federação e o Estado de Direito, revela-se um bem jurídico merecedor de tutela penal. Uma exegese compatível com os valores da liberdade e da cidadania que alimentam o Estado brasileiro projetado pela nova ordem constitucional poderá render frutos proveitosos na filtragem de alguns dos dispositivos daquela lei.

3.4. O tipo penal previsto pelo art. 20 da Lei de Segurança Nacional incrimina a figura do terrorismo?

A fórmula adotada na redação do art. 20 – “prática de atos de terrorismo” – incorre nos mesmos vícios dos tipos penais adotados pelas leis revogadas. Ou seja: trata-se de

⁵⁸ Nesse sentido, observou o autor: “O fim da lei é o de proteger a segurança do Estado, que se refere aos interesses políticos da Nação. Esses interesses não são afetados nos crimes contra a segurança interna, se não há propósito político-subversivo. Cumpre, pois, interpretar corretamente e, diríamos, democraticamente, a lei, para ajustá-la às exigências atuais de redemocratização do país, meta fixada firmemente pelo presidente da República. Para entender corretamente uma norma jurídica é necessário analisar qual seja o conflito de interesses que ela trata de resolver. Qual é, no caso, o conflito de interesses? Temos de um lado a segurança nacional e de outro o direito de liberdade no Estado democrático. É preciso ter presente que o que realmente proporciona segurança são instituições estáveis e um regime democrático. Este se caracteriza pela máxima ampliação possível da esfera de liberdade e de tolerância com o que se opõem ao sistema dominante. Os antagonismos e pressões são naturais numa sociedade pluralista e democrática. A sociedade está dividida em classes e o Estado moderno é um sistema de dominação e de submissão dos desfavorecidos. A justiça não pode fazer parte do aparelho repressivo para se pôr ao serviço da classe dominante. A única limitação lógica ao direito de liberdade é a do seu emprego para suprimir o direito de liberdade. A prevenção da criminalidade política não se faz com o emprego terrorístico da Lei de Segurança Nacional, mas sim com democracia, liberdade e justiça social”. Fragoso, *Jornal Estado de São Paulo*, 34.

expressão vazia e desprovida de uma referência clara que permita a perfeita identificação das condutas proibidas pelo direito penal. O déficit de legalidade penal é, portanto, evidente. Com efeito, sem uma definição do que se possa entender por atos terroristas, a previsibilidade punitiva resta comprometida.⁵⁹ Em realidade, o legislador simplesmente introduziu na estrutura do tipo penal o *nomen iuris* sem reparar em que este não encontrava – como ainda não encontra – qualquer aderência no ordenamento nacional.⁶⁰

Poder-se-ia argumentar que as condutas antecedentes – “devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal” – seriam suficientes para delimitar o campo objetivo da criminalidade terrorista sobre o qual deveria ser acrescido o fim especial de agir – “por inconformismo político ou para a obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas”. Por esse raciocínio, aqueles verbos estariam explicitando o comportamento terrorista. Ou seja, a referência aos atos de terrorismo seria um desdobramento das condutas anteriores.

No entanto, a redação do art. 20 da Lei de Segurança Nacional não faz supor que a expressão “ou” – que antecede “atos de terrorismo” – tenha sido utilizada com o propósito de abrir espaço para uma interpretação analógica de modo a equiparar todas as condutas anteriormente especificadas ao terrorismo. Fosse assim, por certo o legislador teria se valido de fórmula diferente. No caso do crime de estelionato, por exemplo, a referência a “qualquer outro meio fraudulento” de fato serve de complemento aos demais expedientes artificiais e ardilosos referidos pela própria norma.⁶¹ Há, no tipo penal

⁵⁹ Gomes: *As limitações*, 370. Aliás, Alberto Silva Franco já afirmava: “O verbo ‘praticar’ e o objeto direto ‘atos de terrorismo’ estão, em princípio, no mesmo pé de igualdade dos demais comportamentos alternativamente referidos. Ocorre, no entanto, que o verbo ‘praticar’ não possui carga alguma de ilicitude como apresentam outros verbos constantes do tipo. Por isso, a sua área de incidência, o seu campo de significado, em suma a sua explicação, fica na dependência direta e imediata do objeto direto: ‘atos de terrorismo’. E o que na realidade quer dizer ‘atos de terrorismo’? nada mais do que uma ‘cláusula geral’, de extrema elasticidade, que permite ao julgador, por ausência de uma adequada descrição do conteúdo fático desses atos, enquadrar, a seu bel-prazer, qualquer modalidade de conduta humana. Isso fere, sem dúvida, o princípio constitucional da legalidade” (Franco – Lira – Felix, *Crimes*, 55). Também propugnando pela violação do princípio da legalidade, ver: Prado – Carvalho, *Revista dos Tribunais*.

⁶⁰ Monteiro, *Crimes Hediondos*, 100. Ao criticar o ainda projeto de lei que resultou na Lei 7.170/1983, Heleno Claudio Fragoso, propôs que se desse uma nova redação ao artigo 20, qual seja: “Praticar atentado contra a vida, a integridade corporal ou liberdade; causar destruição e dano, através de meios capazes de provocar perigo comum ou que conduzam à difusão de enfermidades, para a criação real ou potencial de intimidação generalizada, com finalidade político-social. Pena: reclusão de 3 a 10 anos”. Fragoso, *A nova lei*.

⁶¹ Inúmeros outros exemplos poderiam ser citados. Tome-se o crime de roubo: “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à

do estelionato uma definição orientadora inicial que é claramente complementada pela expressão de extensão.

No tipo penal dado pelo art. 20, contudo, a elementar “praticar atos de terrorismo” não se insere em uma linha complementar das condutas anteriores que estariam a ela equiparadas. A bem da verdade, a inserção da conjunção “ou” não indica uma alternatividade, mas um acréscimo. Dito de outra forma: pune-se a devastação, o saque, a extorsão, roubo, o sequestro, a manutenção em cárcere privado, o incêndio, a depredação, a explosão, a prática de atentado pessoal *e também a prática de atos terroristas*, desde que o agente tenha sido movido por inconformismo político ou para angariar fundos para a manutenção de organizações clandestinas ou subversivas.⁶²

Mas restaria mais uma indagação: deixando-se de lado o infeliz uso da expressão “atos de terrorismo”, seria possível falar-se em crime de terrorismo quando da prática de qualquer um dos demais verbos que compõem o núcleo do tipo, estando o agente movido por inconformismo político ou mesmo quando dirigido pelo desejo de arrecadar fundos para alguma organização clandestina ou subversiva?⁶³

O problema é que os demais verbos que compõem a estrutura penal típica abraçam diferentes bens jurídicos, sobre os quais foi outorgado o mesmo grau de reprovabilidade. Assim, ao lado do resguardo do patrimônio – “saquear”, “roubar”, “extorquir”, “depredar” –, há outros verbos que se voltam para a tutela da liberdade – “sequestrar” e “manter em cárcere privado”. Ainda que se tenha em consideração o resguardo da segurança nacional como um limitador da subsunção penal típica, a equiparação, no mesmo padrão

impossibilidade de resistência”. Aqui o legislador admite que qualquer outro meio que impossibilite a resistência da vítima pode servir de meio executório análogo ao emprego da grave ameaça ou da violência.

⁶² Como observa, novamente, Mariângela Magalhães Gomes: “Diante disso, não parece acertado supor que o legislador valeu-se da interpretação analógica, enumerando primeiramente, as formas de terrorismo para, imediatamente depois, mencionar ‘ou atos de terrorismo’. Caso esse tivesse sido seu objetivo, deveríamos ler o dispositivo legal de forma diferente de como está escrito (‘ou atos de terrorismo’), numa interpretação prejudicial ao réu”. (Gomes, *As limitações*, 368). Em sentido contrário, entendendo que todas as condutas anteriores seriam exemplos de comportamentos terroristas, ver: Nucci, *Leis penais*, 304-305.

⁶³ É importante observar que alguns dos verbos referidos pelo art. 20 da Lei da Segurança Nacional dependem de uma complementação que acaba sendo dada por outros tipos penais previstos pela legislação comum. É o caso do verbo “roubar” – definido como a subtração, mediante violência ou grave ameaça à pessoa de coisa alheia móvel (art. 157, do CP) e do verbo “extorquir” – definido como o ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa (art. 158 do CP). De qualquer modo, tal questão não se mostra como um obstáculo intransponível, até mesmo porque, nada impede que a delimitação do campo objetivo do tipo penal possa ser alcançada com o apoio de outros tipos penais.

de reprovabilidade, de condutas que afetam diretamente o patrimônio e a liberdade não se mostra razoável.

Por outro lado, a especial finalidade de agir prevista no tipo penal está bastante permeada pelo discurso do controle ideológico. Há um evidente risco de que a aplicação do dispositivo leve à repressão de movimentos legítimos de dissidência política ou de inconformismo social. Assim, tomada a literalidade do tipo penal, a punibilidade dos atos não ficaria dependente da convergência de outras circunstâncias que são consideradas relevantes para a delimitação dos padrões de criminalização do terrorismo. Tome-se como exemplo a coação das autoridades democraticamente eleitas a fazer ou deixar de fazer o que a lei determina, ou até mesmo a situação de pânico generalizado provocado pelos atos terroristas.⁶⁴

Dessa forma, as deficiências apontadas não permitem concluir que tenha o art. 20 da Lei de Segurança Nacional tipificado o crime de terrorismo. Afinal, trata-se de criminalidade grave, vinculada a um roteiro punitivo e persecutório mais severo e que, portanto, exige um campo bastante claro e delimitado de sua adequação penal típica. De mais a mais, a imputação da criminalidade terrorista se faz acompanhar de uma grave estigmatização social que se projeta tanto em nível nacional quanto internacional. São efeitos, portanto, que exigem uma norma penal clara e, sobretudo, subserviente aos requisitos que emanam da legalidade penal. Definitivamente não é o que ocorre com a norma em questão.

⁶⁴ Para Cassese, por exemplo, a situação de pânico generalizado seria um elemento importante para a caracterização do terrorismo. "What are the elements of this definition on which there is general consent? They are as follows: broadly speaking, terrorism consists of (i) acts normally criminalized under national penal system, or assistance in the commission of such acts whenever they are performed in time of peace; those acts must be (ii) intended to provoke a state of terror in the population or to coerce a state or an international organization to take some sort of action, and finally (iii) are politically or ideologically motivated, i.e. are not based on the pursuit of private ends". (Cassese, *Journal of international criminal justice*, 937). A conclusão do autor é tomada a partir da análise de vários documentos internacionais relativos à prevenção e à repressão do terrorismo, a saber: a) Framework decision on the European Arrest Warrant do Conselho da União Europeia de 13.06.2002; b) Arab Convention for the suppression of terrorism de 22.04.1998; c) Convention of the Organization of the Islamic Conference on combating international terrorism de 01.07.1999; d) UN Convention for the suppression of the financing of terrorism de 1999; e) Declaration on measures to eliminate international terrorism, anexoado à Resolução 49/10 adotada em 09.12.1994 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

3.5. Seria possível ao juiz, na condição de operador do direito, buscar no direito internacional subsídios para a complementação do art. 20 da Lei de Segurança Nacional de modo a reconhecer determinadas práticas como crime de terrorismo?

O problema proposto suscita a possibilidade de o julgador buscar apoio em fontes internacionais para complementar o tipo penal e, com isto, delimitar a definição penal do terrorismo.

Em primeiro lugar, o procedimento, longe de restringir o campo de incidência penal, acabaria por ampliá-lo. Isso porque se chegou à conclusão de que o art. 20 da Lei de Segurança Nacional não tipifica o crime de terrorismo. Assim, o recurso às fontes internacionais carregaria o paradoxo da ampliação do sentido e do alcance daquela norma, e não o contrário. É evidente que o problema aqui toca o princípio da legalidade penal.

De mais a mais, não há um consenso internacional quanto aos elementos que compõem a estrutura penal típica do terrorismo. Por outro lado, ainda que se reconheça a gravidade das condutas e os interesses universais envolvidos, os quais se refletem em alguns instrumentos internacionais firmados, o terrorismo ainda não pode ser qualificado como um crime internacional em sentido estrito.⁶⁵ Como anota Ambos, o próprio fato de o terrorismo não ter sido inserido no rol dos crimes previstos pelo Estatuto de Roma seria um indicativo a mais quanto a falta de um consenso internacional sobre a sua natureza jurídica.⁶⁶ E isto, sem dúvida, faz grande diferença, já que os *core crimes*, ao menos em tese, supõem um consenso universal o qual, por sua vez, abre a perspectiva para a construção de um poder punitivo internacional que atua em duas frentes – nacional e internacional. São, portanto, ilícitos que abrem as fronteiras para a responsabilização

⁶⁵ A classificação internacional divide os crimes transnacionais (crimes internacionais em sentido amplo) os quais estão fundados em tratados internacionais, dos crimes internacionais propriamente ditos (crimes internacionais em sentido estrito, ou *core crimes*). No primeiro caso, o poder punitivo é o nacional. No segundo, a punição é exercida, em primeiro plano, pelos Estados e em segundo, pela jurisdição internacional. Nesse sentido: Ambos, *Criatividade*, 117-118; Ambos – Timmermann, *Terrorism and customary*, 20-38; Gaeta, *International criminalization*, 64-73 e Werle, *Principles*, 29.

⁶⁶ Ambos, *Criatividade*, 121-122. Tomando por base o decido no caso Tadić pelo Tribunal para ex-Iugoslávia, o autor propõe um sistema em três níveis para reconhecimento do costume internacional: a) identificação de uma normativa internacional que afirme a proibição da conduta; b) reconhecimento da gravidade da violação e da afetação de valores internacionais e c) reconhecimento de que a responsabilidade penal individual no plano internacional independe da criminalização nacional.

individual internacional, independentemente de terem sido ou não criminalizados no plano nacional.

Assim, não sendo possível reconhecer este consenso internacional sobre os contornos da criminalidade terrorista ou mesmo sobre a sua natureza jurídica, difícil admitir-se a possibilidade de uma interpenetração da normativa internacional a ponto de suprimir as deficiências ou as lacunas do ordenamento interno e, com isso, abrir espaço para a construção de uma tipologia penal nacional.

4. O Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 236 de 2012

Em 09 de julho de 2012, o Senador José Sarney apresentou o Projeto de Lei n. 236, que institui o novo Código penal brasileiro. Aprovado pela comissão especial de senadores criada para examinar o projeto, o texto atualmente aguarda deliberação do Plenário do Senado Federal.⁶⁷

Objeto de duras críticas formuladas por instituições e grupos de juristas,⁶⁸ o projeto do novo Código penal brasileiro propõe, na parte geral, a inclusão do delito de terrorismo entre aqueles de extraterritorialidade incondicionada (art. 7º), introduz no código penal o rol de crimes hediondos, incluindo o terrorismo entre eles (art. 54, XI), e, na parte especial, no capítulo concernente aos crimes contra a paz pública, cria os tipos penais de terrorismo (art. 249), de “financiamento do terrorismo” (art. 249), e de “favorecimento pessoal no terrorismo” (art. 250).

⁶⁷ O Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012 teve por base a proposta de Anteprojeto de Reforma do Código Penal formulada por uma comissão de juristas criada por solicitação daquela casa legislativa. O texto, apresentado em 18 de junho de 2012 ao Senador José Sarney, foi aprovado pela comissão especial de senadores, em 17 de dezembro de 2012, com o relatório final elaborado pelo senador Pedro Taques. Atualmente encontra-se aguardando sessão deliberativa ordinária para ser votado pelo Senado Federal. Informações disponíveis em <<http://www.senado.gov.br>> (20.08.2014).

⁶⁸ É destacável o “Novo manifesto dos criminalistas brasileiros contra o PLS 236”, elaborado por ocasião da homenagem à vida e obra de Winfried Hassemer, em Congresso realizado na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, nos dias 20 e 21 de março de 2014. O documento denuncia o caráter retrógrado, autoritário e populista de vários dispositivos criados, além do atentado ao princípio da legalidade, classificando como “temerária” a criminalização do terrorismo. O manifesto foi assinado por mais de cem profissionais do Direito, além de ter sido apoiado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). O IBCCRIM também publicou texto intitulado “Críticas do IBCCRIM ao projeto de Código penal”, em que observou a adoção de “uma política notadamente mais repressora e punitivista”, entre outras críticas de caráter dogmático e à técnica jurídica empregada, qualificando o projeto de irrecuperável, dada a grande quantidade de correções necessárias. Textos disponíveis em <<http://www.conjur.com.br>> e <http://www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf> (10.08.2014).

4.1. A inclusão do terrorismo no rol de crimes hediondos

Conforme explicado, o terrorismo atualmente é considerado, por força constitucional, como um crime equiparado aos crimes hediondos.⁶⁹ O projeto vai além da mera equiparação e o rotula como hediondo (art. 54, inciso XI), sem embargo o efeito é puramente simbólico, já que do ponto de vista pragmático não há consequências.⁷⁰

4.2. O tipo penal de terrorismo

São conhecidas as dificuldades encontradas para conceituar o terrorismo, isto porque se trata de um fenômeno de grande diversidade, cambiante ao largo da história e de duvidosa capacidade de ser dissociado de critérios autoritários ou arbitrários. A doutrina tampouco coincide nos critérios fundamentais para a criação do tipo penal. Sem embargo, entre os diversos parâmetros existentes e mais ou menos delimitados estão: o elemento estrutural, que caracteriza o delito pela atuação de uma organização criminosa⁷¹ e, ainda, um elemento teleológico, consistente na consecução de um fim político, em sentido amplo, e que, do ponto de vista axiológico, seja “contrário ao sistema democrático”.⁷² Também se requer que a execução se dê por meio de atos de violência que demonstrem a despersonalização da vítima concreta, isto é, a ausência de valor da sua existência ou sua neutralização ou despersonificação.⁷³ O que importa, neste contexto, é a consecução dos fins pretendidos pela organização terrorista.⁷⁴

⁶⁹ Conf. notas 3 e 4, supra.

⁷⁰ A ampliação do rol de crimes hediondos, aliás, foi considerado como símbolo do caráter retórico da tentativa de democratização do sistema penal que havia sido anunciada como propósito do projeto pelo Manifesto dos criminalistas brasileiros, supramencionado.

⁷¹ Segundo explica Cancio Meliá, a organização terrorista pode ser formada por poucos indivíduos ou pelas chamadas “células”, não obstante existe uma estrutura densa baseada no coletivo porque é o grupo que proporciona as condições para determinados tipos de conduta, especialmente as que se caracterizam por massacres “contra pessoas anônimas, incluindo a sujeitos que se encontram fora de toda definição de objetivos legítimos de qualquer *ius in bello*: pessoas desarmadas, mulheres, crianças, idosos.” Cancio Meliá: *Los delitos*, 65. Além disso, devem estar fundada na divisão de trabalho dos membros da organização, mas, principalmente, devem ter permanência no tempo. Assim, terrorismo individual é, segundo o autor, uma *contraditio in abstracto*. Cancio Meliá, *Seminario*, 34.

⁷² A fim de evitar rotular como terrorismo delitos de natureza política, o “Grupo de Estudios de Política Criminal” propôs a substituição da expressão “subverter a ordem constitucional” por “fins políticos contrários ao sistema democrático”. Gómez, *Notas para un concepto*, 64-65. Não obstante, Cancio Meliá adverte sobre a falta de acordo acerca de qual é o critério de legitimidade de uma ordem política. Cancio Meliá, *Seminario*, 35.

⁷³ Cancio Meliá, *Los delitos*, 66.

⁷⁴ Cancio Meliá, *Seminario*, 34.

A partir destes requisitos de caráter geral, passamos a analisar a redação proposta para o tipo penal de terrorismo, a qual pode ser dividida da seguinte maneira:

4.2.1. A conduta proibida

A conduta proibida está tipificada como “Causar terror na população mediante as condutas descritas nos parágrafos deste artigo, quando: (...)”. Em primeiro lugar, o enunciado da conduta proibida está construído a partir de um critério de caráter subjetivo que, apesar de ser considerado um dos pilares do conceito de terrorismo por alguns autores, como Cassese,⁷⁵ representa, ao mesmo tempo, um problema no que diz respeito à produção da prova, pois somente existe no ânimo interno do sujeito.⁷⁶ O risco existente é de que se presuma o efeito de pânico gerado na população toda vez que forem cometidas uma das condutas descritas nos parágrafos que se seguem aos incisos que tratam dos fins e motivos do autor. Isto é: o tipo descrito desta forma é que poderá levar à presunção de culpa do autor porque a prova deste elemento subjetivo conduz a uma grande probabilidade de ser impossível ou arbitrário se provar.

Já os mencionados fins e motivos perseguidos pelo autor serão um ou mais dos seguintes: “I – tiverem por fim forçar autoridades públicas, nacionais ou estrangeiras, ou pessoas que ajam em nome delas, a fazer o que a lei não exige, ou deixar de fazer o que a lei não proíbe; II – tiverem por fim obter recursos para a manutenção de organizações políticas ou grupos armados, civis ou militares, que atuem contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; III – forem motivadas por preconceito de raça, cor, etnia, religião, nacionalidade, origem, condição da pessoa idosa ou com deficiência, ou por razões políticas, ideológicas, filosóficas ou religiosas”.

A amplitude do enunciado do inciso primeiro atenta contra a exigência de taxatividade da lei penal, especialmente porque pode aparecer desvinculada com o elemento teleológico necessário, qual seja: a finalidade de subverter a ordem constitucional em um sistema democrático. Desta forma se abre, em nosso sentir, a possibilidade de rotular como terroristas condutas que não possuem qualquer finalidade política antidemocrática.

⁷⁵ Conf. nota n. 64, supra.

⁷⁶ Neste sentido, Juan Bustos Ramírez considera que quando a legislação está baseada em uma relevância total do elemento subjetivo, isto é, a intencionalidade e o ânimo do sujeito é o que fundamenta a conduta criminosa é porque estamos diante de um direito penal de autor e não de fato e isto afeta profundamente o imaginário social que passa a ver o terrorista não como cidadão, mas como inimigo. Bustos Ramírez, *In-seguridad*, 407.

Nesse sentido, a título de exemplo, é possível pensar nas ações coordenadas pela organização criminosa denominada “Primeiro Comando da Capital” (PCC) contra policiais do estado de São Paulo, em 2006.⁷⁷ Tais eventos poderiam ser qualificados como delito de terrorismo, ainda que não tivessem seus autores nenhum tipo de pretensão política e que, em verdade, os delitos cometidos, apesar de graves, fossem delitos comuns.⁷⁸

Outro problema que poderia suscitar a falta de exigência do fim político, neste caso, seria o de considerar terrorista uma ação – lícita ou ilícita – de resistência contra uma autoridade de fato, isto é: taxar como conduta terrorista um ato praticado no contexto de uma eventual situação de rompimento da ordem democrática e constitucional, constituída por leis de caráter autoritário, como já ocorreu no passado.

O inciso terceiro também merece ser criticado por considerar terroristas motivos discriminatórios como “condição da pessoa idosa ou com deficiência”, os quais são mais bem próprios de outra categoria de delitos, os denominados crimes de ódio,⁷⁹ ou aparecem nas legislações penais como circunstâncias agravantes de caráter geral e se aplicam a delitos comuns.⁸⁰ Estes, sabidamente, não possuem finalidade política e tampouco têm por objetivo causar pânico na população e, aparecendo como figura alternativa e independente de tais objetivos, não gozam de nenhum sentido.

⁷⁷ A notícia publicada no dia 15.05.2006 pela Folha de São Paulo deu conta da repercussão na mídia internacional dos ataques efetuados contra a polícia de São Paulo pelo grupo denominado “Primeiro Comando da Capital” (PCC). Nela consta que o Jornal alemão “Der Spiegel” intitulou a matéria como “O Iraque em São Paulo” e explicou que os executores dos ataques eram conhecidos como “Bin Ladens” que estão sempre disponíveis para executar os crimes ordenados pela “organização”. <<http://www.1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121501.shtml>>. (28.07.2014).

⁷⁸ Neste sentido, Cancio Meliá afirma: “Mas nunca pode haver terrorismo se não há um salto à atividade política. Assim, condutas seguramente muito lesivas e muito intensas quanto à lesão de bens jurídicos individuais, sem embargo, não podem ser consideradas terroristas. Por exemplo, as que realizem os grupos criminosos no México ou no Brasil por muito que se repita a ideia do narcoterrorismo, não é terrorismo porque não têm uma orientação política.” (Tradução nossa). Cancio Meliá, *Seminario*, 34.

⁷⁹ Neste sentido, o atual Código penal espanhol, por exemplo, prevê, além de uma circunstância agravante genérica, contém uma série de delitos que visam à proibição de atos racista ou xenofóbicos em seus artigos 170.1, 314, 510 a 512.

⁸⁰ É o caso, por exemplo, do art. 22.4 do Código penal espanhol que prevê uma agravante genérica para os casos em que o sujeito atua por motivos discriminatórios, entre os quais estão sexo, orientação sexual, doença ou deficiência da qual padeça a vítima. O Código penal colombiano trata como “acidente de maior punibilidade” em seu art. 58, n. 3 toda conduta cuja execução haja sido motivada pela intolerância e discriminação referentes à raça, à etnia, à ideologia, à religião ou a crenças, sexo ou orientação sexual, como também à doença ou *minusvalia* da vítima. Também o Código penal chileno, em seu art. 12, numeral 21 agrava a pena daquele que cometer o crime ou participar nele motivado, dentre outras causas elencadas no dispositivo, pelo sexo, orientação sexual, identidade de gênero, idade, filiação, aparência ou doença ou deficiência de que padeça a vítima.

Finalmente, a respeito das condutas elencadas pelos parágrafos 1º a 5º, estranha-se a preferência do legislador pelos delitos de sequestro, incêndio e outros danos à propriedade, além de delitos informáticos, em detrimento dos crimes contra a pessoa, como o homicídio e as lesões corporais de natureza grave. Neste contexto, além de demonstrar uma tendência contrária à marcha da legislação internacional, outra vez se torna problemática a falta de exigência do elemento teleológico em algumas situações que poderiam acarretar, inclusive, a qualificação de um delito comum de pouca gravidade como conduta terrorista.

4.2.2. *Exclusão do crime*

O parágrafo 7º do art. 248 prevê uma causa de exclusão de crime desnecessária e possivelmente criminógena: trata-se da exclusão de condutas motivadas por propósitos sociais ou reivindicatórios. Ocorre que parece evidente que na vigência de um Estado de Direito tais condutas não deveriam ser sequer objeto de desconfiança, já que a liberdade de manifestação está gravada com o selo da proteção constitucional.⁸¹ Contudo, parece-nos problemática a ressalva de que os objetivos e meios utilizados devem ser “compatíveis e adequados à sua finalidade”. Expressão de tal amplitude gera insegurança absoluta para o intérprete e para o destinatário da norma sobre o limite entre o que seria compatível e adequado e o que não o é.

4.3. Financiamento do terrorismo

Sem adentrar no campo das severas críticas formuladas pela doutrina a esta figura delituosa,⁸² de pronto chama atenção a expressão “de qualquer modo contribuir”, utilizada pelo artigo 249 para tipificar a conduta de um autor. Não se trata de um exemplo de expressão que comporta uma interpretação extensiva, porque não está vinculada às figuras antecedentes. Ao contrário, abre-se a possibilidade de que qualquer conduta de colaboração configure o delito a título de autoria, o que significa o desaparecimento dos limites entre autoria e participação, e, conseqüentemente, violação ao princípio de culpabilidade.

⁸¹ De fato, os incisos XVI ao XXI, do art. 5º da Constituição Federal garantem o direito de reunião e associação para fins lícitos.

⁸² Sobre o argumento, vale a pena consultar Cancio Meliá, *Los delitos*, 229-258.

4.4. Escusa absolutória

Registra-se aqui a redundância do parágrafo único do art. 250 consistente em afirmar que os que não são parentes, condição que justifica a exclusão da punibilidade, não serão beneficiados pela eximente.

4.5. Disposição comum

Ao dispor sobre uma causa especial de aumento de pena, o art. 251 decreta a agravção da sanção para os casos em que as condutas terroristas forem praticadas durante ou por ocasião de grandes eventos, de diversas índoles. O juízo sobre o que deve constituir um “grande evento” correrá o risco de cair na arbitrariedade, já que se trata de um conceito de difícil determinação. Imagine-se somente o caso de uma convocatória massiva que, sem embargo, teve pouca assistência ou vice-versa.

5. Conclusões

1. Muito embora o sistema jurídico brasileiro contenha uma série de disposições normativas que fixam uma matriz punitiva sensivelmente mais severa a ser aplicável à criminalidade terrorista, não há qualquer consenso quanto à existência de um tipo penal que possa indicar, em obediência aos parâmetros da legalidade penal, a tipificação do terrorismo.

2. Nesse passo, a aplicação do art. 20 da Lei de Segurança Nacional revela uma série de obstáculos. Ainda que sob uma perspectiva histórica seja ele produto de um movimento – que se acentuou em períodos autoritários – de criminalização de atos violentos comprometedores da segurança pública, o uso da elementar “praticar atos de terrorismo” padece de um intransponível déficit de legalidade penal.

3. De um lado, porque a expressão é, não só vazia de conteúdo, como também desprovida de qualquer referência no ordenamento nacional que lhe empreste algum tipo de sentido. De outro, porque ela não se coloca na mesma linha sequencial dos demais verbos constantes do mesmo tipo penal. Com efeito, uma exegese gramatical não permite reconhecer naquela expressão uma extensão analógica das condutas antecedentes.

4. Mas ainda que se reconheça nas demais condutas a existência de requisitos mínimos para a delimitação do elemento objetivo do tipo, o art. 20 ainda padece de outras referências que possam indicar a criminalização do terrorismo. De fato, pela redação posta as condutas puníveis devem vir alimentadas pelo inconformismo político ou pelo desejo de se arrecadar fundos para a manutenção de organizações clandestinas ou subversivas. Não há, portanto, qualquer exigência de uma especial finalidade de agir dirigida pela vontade de se disseminar o medo e o pânico na população.

5. Também não parece razoável supor que a problemática possa ser resolvida deixando-se ao operador do direito a tarefa de complementar o tipo penal, ainda que movido por propósitos aparentemente restritivos. Na verdade, partindo-se da premissa de que não há efetivamente um tipo penal que se possa qualificar de terrorismo, a inserção de elementares, pelo intérprete, longe de restringir o alcance da norma estaria ampliando-a.

6. Ademais, o terrorismo não foi alçado à categoria dos *core crimes*, sobre os quais se reconhece presente um poder punitivo internacional que guarda – ou pelo menos deveria guardar – uma efetividade em dupla esfera: internacional e nacional. Cuida-se de um crime internacional em sentido amplo, de modo que a persecução é ainda efetivada no plano das jurisdições domésticas. Este é um dificultador a mais para a interpenetração das fontes internacionais de complementação dos tipos penais nacionais.

7. Finalmente, tampouco a proposta de tipificação do terrorismo pelo Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012, demonstrou capacidade de suprir a lacuna atualmente existente. Em efeito, o projeto padece de vícios de legalidade graves como a adoção de termos vagos com alcance quase inabarcável, e que gerarão graves dificuldades probatórias, além da má sistematização dos elementos reconhecidos como pertinentes ao delito de terrorismo, e problemas de técnica legislativa, o que o torna incapaz de cumprir com as exigências mínimas de um direito penal próprio de um Estado de Direito.

Bibliografia

- AMBOS, Kai, “Criatividade judicial no Tribunal Especial para o Líbano. Existe o crime de terrorismo no direito internacional?”, em SCARANCA FERNANDES, Antonio – ZILLI, Marco (Coords.), *Terrorismo e justiça penal. Reflexões sobre a eficiência e o garantismo*, Belo Horizonte, Fórum, 2014.
- AMBOS, Kai; TIMMERMANN, Anina, “Terrorism and customary international law”, em Ben SAUL (ed.), *Research handbook on international law and terrorism*, Cheltenham, Elgar, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 6a. ed., revista e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 16a. ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “In-seguridad y lucha contra el terrorismo”, em LOSANO G, Mario – MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (coord.), *El derecho ante la globalización del terrorismo*, Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideu, abril 2003, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- CANCIO MELLÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Colección de Derecho penal, Madri, Editorial Reus, 2010.
- “Los estándares de derechos humanos en materia de terrorismo”, em *Seminario internacional de terrorismo y estándares en derechos humanos del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile*, Santiago de Chile, Gráfica Lom, junho de 2012.
- CASSESE, Antonio, “The multifaceted criminal notion of terrorism in international law”, em *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006.
- ESTELLITA, Heloísa, *Criminalidade de empresa. Quadrilha e organização criminoso*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.
- FARIA, Bento de, *Anotações teórico-práticas ao Código Penal do Brasil, Vol. II*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1920.
- FERNANDES, Antonio Scarance, “Terrorismo. Eficiência e garantismo”, em SACARANCA FERNANDES, Antonio – ZILLI, Marcos (Coords.), *Terrorismo e justiça penal. Reflexões sobre a eficiência e o garantismo*, Belo Horizonte, Fórum, 2014.
- FRAGOSO, Heleno Claudio, “Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional”, em *Jornal Estado de São Paulo*, 21.04.1983, <[http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo39.pdf\(08.08.2014\)](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo39.pdf(08.08.2014)).
- *A nova lei de segurança nacional*, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_58/pan-teao/HelenoClaudioFragoso.pdf (20.08.2014).
- FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yur, *Crimes hediondos*, 7a. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- GAETA, Paola, “International criminalization of prohibited conduct”, em CASSESE, Antonio, *The Oxford companion to international criminal justice*, New York, Oxford, 2009.

- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, “As limitações do tratamento penal dado ao terrorismo pelo ordenamento jurídico brasileiro”, em SCARANZE FERNANDEZ, Antonio – ZILLI, MARCOS (Coords.), *Terrorismo e justiça penal. Reflexões sobre a eficiência e o garantismo*, Belo Horizonte, Fórum, 2014.
- GÓMEZ, Victor Martin, “Notas para um conceito funcional de terrorismo”, em MIR PUIG, Santiago – QUERALT J., Joan (dir.), *La seguridad pública ante el Derecho penal*, Montevideu/Buenos Aires, Editorial B de F, 2010.
- GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes: *Tratamento penal do terrorismo*, São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido: “Construindo o sistema normativo de repressão ao terrorismo”, *Revista da AJUFE*, vol. 80, abr./jun., 2005.
- JESUS, Damásio E. de, “Crime hediondo exige definição ampla”, em *O Estado de São Paulo*, 14 de novembro de 1990.
- LARENS, Henry: “Le terrorisme comme personnage historique”, em LARENS, Henry – DELMAS-MARTY, Mirreile, *Terrorismes. Histoire e droit*, Paris, CNRS, 2010.
- LEAL, João José, *Crimes Hediondos*, 2a. ed., Curitiba, Juruá, 2009.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, “Crimes hediondos: aplicação e imperfeições da lei”, *Revista dos Tribunais*, v. 664, 1991.
- MONTEIRO, Antonio Lopes, *Crimes Hediondos. Textos, comentários e aspectos polêmicos*, 7a. ed., Saraiva, São Paulo, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson, *Constituição federal comentada e legislação constitucional*, 3a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis penais e processuais penais comentadas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Gilberto Pereira de, “Dos crimes hediondos”, *RDJTJDF*, v. 36, 1991.
- PIERANGELLI, José Henrique, *Códigos penais do Brasil. Evolução histórica*, Bauru, Javoli, 1980.
- PIERANTI, Octávio Penna; CARDOSO, Fábio dos Santos; SILVA, Luiz Henrique Rodrigues da, “Reflexões acerca da política de segurança nacional: alternativas em face das mudanças no Estado”, *RAP*, 41 (1), jan./fev., 2007.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de, “Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual”, *Revista dos Tribunais*, vol. 771, 2000.
- SAMPAIO, José Adércio Leite, “Constituição e terror: uma visão parcial do fenômeno terrorista”, em NEMER CALDEIRA BRANT, Leonardo, *Terrorismo e direito. Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*, Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- SILVA, Golbery do Couto e, *Planejamento estratégico*, Brasília: UNB, 1981
- WERLE, Gerhard, *Principles of international criminal law*, Haia, T.M.C. Asser Press, 2009.
- WOLOSZYN, André Luis, “Pelo combate ao terrorismo”, em *Folha de São Paulo*, 19 de agosto de 2006.

ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de; MONTECONRADO, Fabíola Girão, “Relatório Brasil”, em AMBOS, Kai – MALARINO, Ezequiel – ELSNER, Gisela (Eds.), *Justicia de transición*, Berlim/Montevidéu: Konrad-Adenauer Stiftung, 2009.

Casos

ADIN 162-1/DF – Ação Direta de Inconstitucionalidade, (02 de agosto de 1993), Relator: Ministro Moreira Alves, STF.

ADPF 130/DF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, (30 de abril de 2009), Relator: Ministro Carlos Britto, STF.

APh 460/RO–Apelação, (06 de junho de 2007), Ministra: Eliana Clamon, STJ.

Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú Sentencia de 25 de noviembre de 2004 (Fondo Reparaciones y Costas), Corte IDH.

Extradição 855, (26 de agosto de 2004), Relator: Ministro Celso de Mello, STF.

HC 63716/SP – Habeas Corpus, (28 de novembro de 2007), Relatora: Ministra Jane Silva, STJ.

HC 77771/SP – Habeas Corpus, (30 de maio de 2005), Relatora: Ministra Laurita Vaz STJ.

HC 82959-7/SP – Habeas Corpus, (23 de fevereiro de 2006), Relator: Ministro Marco Aurélio, STF.

HC 96007/SP – Habeas Corpus, (12 de junho de 2012), Relator: Ministro Marco Aurélio, STF.

DECLARACIÓN DEL GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL TERRORISMO

DECLARACIÓN DE LIMA

El Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, en el marco de su XI Reunión, realizada en la ciudad de Lima entre el 27 y el 29 de octubre de 2014, aprobó la siguiente declaración:

- I. El terrorismo es un delito grave, frente al cual no deben emplearse procedimientos que socaven los principios propios del Estado de derecho.
- II. Las conductas delictivas de terrorismo deben estar delimitadas con toda precisión en la ley, y ser sancionadas respetando el principio de proporcionalidad de las penas.
- III. Los procedimientos penales por terrorismo no deben estar a cargo de una jurisdicción de excepción. Deben ser sometidos a los mismos principios, reglas y garantías del debido proceso aplicables a los delitos en general.
- IV. La respuesta estatal no debe utilizar la retórica de la “guerra” para hacer frente al terrorismo.
- V. Los Estados no deben utilizar el terrorismo como pretexto para reprimir la protesta social y la disidencia.
- VI. Los Estados, al implementar los estándares internacionales en la materia, no deben desconocer las garantías de la persona contenidas en sus ordenamientos constitucionales y en los tratados internacionales de protección de derechos humanos.

Lima, 29 de octubre de 2014.

LOS AUTORES

CÉSAR ALFONSO. Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (Asunción, Paraguay). Máster en Derecho Penal por la Universidad del Norte (Asunción). Magíster legum (LL. M.) en Derecho Penal por la Westfälische Wilhelms-Universität (Münster, Alemania). Miembro del Centro de Ciencias Penales y Política Criminal (Asunción).

KAI AMBOS. Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg August Universität Göttingen. Director del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la misma universidad. Juez del Tribunal Provincial de Göttingen (desde marzo de 2006). Decano para Estudios (*Studiendekan*) de la Facultad de Derecho (2008-2010). Director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Proceso Penal Latinoamericano (CEDPAL). Entre 1991 y 2003 fue responsable de las áreas Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo. Para más información véase «www.department-ambos.uni-goettingen.de».

ALEJANDRO APONTE CARDONA. Doctor en Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad del Saarland, en Saarbrücken, Alemania. Se desempeña como director del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana en Bogotá. Es asesor del despacho del señor fiscal general de la Nación, asesor y consultor de agencias nacionales e internacionales.

DINO CARLOS CARO CORIA. Doctor en Derecho (Universidad de Salamanca, España). Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundador y

director ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa y de Caro & Asociados.

ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ. Catedrático en Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

JAVIER DONDÉ MATUTE. Doctor en Derecho Penal Internacional y Comparado (Universidad de Aberdeen, Gran Bretaña). Profesor-Investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

EMANUELA FRONZA. Investigadora de derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, donde enseña Derecho Penal Internacional. También enseña Justicia de Transición en la Escuela de Estudios Internacionales de la misma Universidad y forma parte del colegio docente del Doctorado en Estudios Internacionales. Es becaria de la Fundación Alexander von Humboldt en la Facultad de Derecho de la Universidad Alexander von Humboldt, Berlín. Es coautora del libro *Introduzione al diritto penale internazionale* (Milán: Giuffrè, 2.ª edición, 2010) y, junto a Mireille Delmas Marty, de *Le crime contre l'humanité* (París: PUF, 2009). Ha publicado trabajos en Italia y en el extranjero y colabora con revistas italianas y extranjeras.

PABLO GALAIN PALERMO. Doctor Europeo en Derecho (Salamanca, España). Investigador senior del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Freiburg, Alemania). Becario postdoctoral Marie Curie (Unión Europea). Profesor honorario Derecho Penal en la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España). Investigador Activo del Sistema Nacional de Investigadores de Uruguay (ANII). Director del Observatorio Latinoamericano sobre Política Criminal y Reformas Penales (Universidad de la República, Montevideo, Uruguay).

RAMIRO GARCÍA FALCONÍ. Abogado y doctor en Jurisprudencia (Pontificia Universidad Católica del Ecuador). Máster en Ciencias Penales y Criminológicas (Universidad Externado de Colombia). Máster en Derecho Penal (Universidad de Sevilla). Máster en Derechos Humanos (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador y de la Universidad Internacional del Ecuador. Profesor invitado de universidades latinoamericanas y europeas. Investigador invitado por la Universidad de Göttingen. Exjuez de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha. Presidente del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas.

ALICIA GIL GIL. Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza y doctora en Derecho por la UNED. Profesora titular de Derecho Penal en la UNED, acreditada por la ANECA para el cuerpo de catedráticos de la universidad. Subdirectora del Instituto

Universitario Gutiérrez Mellado de estudios sobre paz, seguridad y defensa. Ha sido profesora en la Universidad de Zaragoza, investigadora becada en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (Alemania) y profesora en la UNED. Es coautora del *Curso de Derecho penal. Parte general* (Madrid: Dykinson, 2011), autora de numerosas monografías sobre temas centrales de la teoría jurídica del delito y sobre distintos temas de derecho penal internacional y de más de medio centenar de artículos publicados en libros y revistas españoles y extranjeros.

NICOLÁS GUZMÁN. Profesor adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor invitado de diversas universidades nacionales. Autor de dos libros (*La verdad en el proceso penal* y *Delitos en el mercado financiero*) y de varios artículos publicados en libros y revistas especializadas en derecho penal y procesal penal. Ha sido funcionario del Poder Judicial y ha ocupado importantes cargos en la Administración pública. Realizó una estancia de investigación en Italia bajo la dirección del Prof. Luigi Ferrajoli. Durante diez años coordinó el Seminario sobre Derecho Penal y Procesal Penal en la UBA bajo la dirección del Prof. Dr. Daniel Pastor.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA. Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España). Especialista en derecho penal y criminología (Universidad de Roma, La Sapienza, Italia). Doctor honoris causa por las universidades Nacional de San Agustín, de Arequipa (Perú) y de Antofagasta (Chile). Catedrático de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral en la Universidad de Valparaíso (Chile). Excatedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta. Fue abogado integrante (juez suplente) de las cortes de apelaciones de Antofagasta (2001-2005) y de Valparaíso (2007-2008). Autor de múltiples publicaciones sobre temas de derecho penal y filosofía del derecho. Director del Instituto de Ciencias Penales de Chile.

SALVADOR HERENCIA CARRASCO. Abogado por la Universidad de Los Andes, Colombia, con especialización en Derecho Internacional, Europeo y Comparado por la Universidad Robert Schuman. Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Ottawa. Consultor de la Comisión Andina de Juristas en derecho penal internacional y conflictos sociales. Miembro del Consejo Directivo de la Coalición de ONG por la Corte Penal Internacional.

EZEQUIEL MALARINO. Director Académico del Centro de Estudios para Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen, Alemania. Profesor visitante regular en la Universidad de Trento, Italia (desde 2006) y profesor de posgrado de la UBA (desde 2007). Graduado en derecho con honores en la UBA

(1996) y doctor en derecho por la Universidad de Macerata, Italia (2006). Fue profesor de Derecho Procesal Penal (grado y posgrado) de la Universidad Torcuato Di Tella (2010 y 2011) e investigador del Collège de France, Francia (2004-2006) y del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, Alemania (2002-2004). Realizó estancias de investigación en universidades de Alemania (Münster y Göttingen), Italia (Bologna, Macerata, Camerino y Trento), Francia (Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Israel (Hebrew University, Institute for Advanced Studies) e Inglaterra (Cambridge y Nottingham). Fue becario del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional (2002), del Ministerio para la Investigación Científica de Italia (2003-2006), del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) (2010) y del Institute for Advanced Studies de Israel (2012). Actualmente, es becario de la Fundación Alexander von Humboldt (beca Georg Forster para investigadores experimentados).

JAIME EDWIN MARTÍNEZ VENTURA. Abogado y notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Diplomado en Criminología y Justicia Penal Juvenil por el Consejo Nacional de la Judicatura. Fundador y director (1993-2005) del Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES). Entre 2005 y 2009 dirigió la Unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia. Desde el 1 de junio de 2009 se desempeña como director general de la Academia Nacional de Seguridad Pública de El Salvador. Es miembro del Consejo Latinoamericano del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (INECIP), del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional y del Consejo de la *Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad*, con sede en Guatemala.

JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ. Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello (1990). Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Central de Venezuela. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (2000). Becario de la Fundación Alexander von Humboldt, del Instituto de Cooperación Iberoamericana, del Instituto Internacional de Sociología Jurídica y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Profesor de Derecho Penal en las universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Profesor invitado de la Universidad de León (España), de la Universidad del Zulia y de la Universidad de Carabobo. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

FABIOLA GIRÃO MONTECONRADO. Máster en Derecho, Estado y Sociedad (Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil), doctoranda en Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso). Profesora de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Professora Doutora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro do IBCCrim.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS. Licenciada en Derecho (con honores) por la Universidad Católica Boliviana, Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de San Francisco, Estados Unidos. Cursos adicionales en, inter alia, Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos; Grotius Centre for International Legal Studies, Leiden University; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Academia de La Haya de Derecho Internacional; Universidad de Helsinki; Universidad del Rosario (Colombia). Ha sido, inter alia, oficial legal asociada en el TPIY, asesora jurídica de la Agencia Implementadora del ACNUR en Bolivia, visitante profesional en la CPI y autora de los módulos sobre derecho penal internacional de la Educatis University (Suiza, educación a distancia). Ha efectuado consultorías en derecho penal internacional, derecho internacional humanitario y derechos humanos en ámbitos nacionales e internacionales. Ha sido miembro del equipo jurídico boliviano encargado del análisis y la elaboración de la demanda marítima presentada ante la CIJ. Ha sido profesora en varios cursos nacionales y regionales. Al presente imparte cursos especializados de derecho internacional en la Universidad Privada Boliviana.

MARCOS COELHO ZILLI. Professor Doutor de Direito Processual Penal nos cursos de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor do Curso de pós-graduação Interdisciplinar Humanidades, Direitos e outras Legitimidades da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (USP). Membro do Grupo de Pesquisa Conflitos Armados na Era Contemporânea vinculado ao Diversitas – Núcleo de Estudos das Diversidades, Intolerâncias e Conflitos (USP). Juiz de Direito.

ANINA TIMMERMANN. Estudió Derecho en la Universidad Georg-August de Göttingen con especialización en Derecho Internacional Público. Durante sus estudios en Göttingen se desempeñó como colaboradora de la cátedra de Derecho Penal Internacional del Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos. En este momento está cursando sus estudios de física en la Universidad Christian-Albrechts en Kiel, Alemania.

